§ 255 B. G.-B.

unter Berücksichtigung

des Gemeinen Rechtes.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Hugo Lips

Referendar.

BERLIN 1907.

F. Dietze, Buchdruckerei.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung . . . . . Seite 8

I. § 2. Behandlung der Bestimmung im Römischen Recht „ 10

II. Behandlung im B. G.-B.

§ 3. Das Verhältnis des § 255 zur Vorteilsausgleichung „ 27

§ 4. Anwendungsgebiet . . . . . „ 34

§ 5. Gegenstand . . . . . „ 44

§ 6. Geltendmachung des Anspruchs auf Abtretung . . „ 50

§ 7. Wirkung der Abtretung . . . . . „ 54

§ 8. Einfluß der Wiedererlangung der Sache oder des Rechtes durch den Ersatzberechtigten . . . . „ 61

§ 9. Processuale Berücksichtigung des Anspruchs aus § 255 . . . . . „ 66

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, zweite Auflage.

Brückmann, Der Begriff der „verlorenen Sache", im Archiv für bürgerliches Recht, Band 23.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, dritte Auflage.

Cretschmar, Das bürgerliche Recht, 1902.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902.

Dernburg, Pandekten, sechste Auflage, 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 1905.

Deutsche Juristenzeitung, 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht.

Entscheidungen des Reichsgerichtes, Band 59.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung 1888 und zweite Lesung 1895.

Faber, Rationalia in tertiam partem pandectarum, 1624.

Fischer, „Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich" in Fischers Abhandlungen zum deutschen Privatrecht, Band XI, Heft 1.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, fünfte Auflage, 1902.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeldt.

Jacobi, „Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines anderen und seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigentums, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte" in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 4.

Kaehler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft, 1904.

Kisch, im Juristischen Literaturblatt, Band 15.

Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, Berlin, 1905.

Kleineidam, „Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich" in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß. Band 7, Heft 1, 1900.

Laband, „Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Abschnitt, Titel 1—3" im Archiv für die civilistische Praxis. Band 73.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, dritte Auflage, 1900.
von Mayr, Die Condictio des römischen Privatrechts, 1900.
von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1903.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1888.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, erste Auflage 1899, zweite Auflage 1906.
Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, 1901.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, erste und zweite Auflage, 1900.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, 1897.
von Reinhardt, Ergänzung zu Glücks Erläuterung der Pandekten.
Rümelin, in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 45.
Rümelin, „Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht", im Archiv für die civilistische Praxis, Band 90.
Scherer, Kommentar zum B. G.-B., Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Schmid, Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt, 1863.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Heft 11.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1901.
Stintzing, Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt? Leipzig, 1905.
Taucher, Die Pflicht zur Abtretung der Ersatzansprüche nach § 255 B. G.-B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechtes. Erlanger Dissertation, 1904.
von Tuhr, Actio de in rem verso.
von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten.
Walsmann, compensatio lucri cum damno, Rostocker Inaugural-Dissertation, 1900.
Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch.
Wieland, „Die Ermächtigung zum Leistungsempfang", im Archiv für die civilistische Praxis, Band 95.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, achte Auflage.

Die herangezogenen Entscheidungen des Reichsgerichtes und der Oberlandesgerichte sind unter der Seite genau citiert.

§ 1. Einleitung.

Der § 255 B. G.-B. bestimmt: „Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen.“ Diese Vorschrift beruht auf dem Prinzip von Recht und Billigkeit. Es soll verhütet werden, daß der Gläubiger Doppeltes erhält. Dieser Zweck der Bestimmung wird durch die Motive zum B. G.-B. Band II, S. 24 klar zum Ausdruck gebracht: „Der Grund liegt darin, daß der Kläger, falls er neben dem erhaltenen Schadensersatze auch seine Ansprüche gegen Dritte behielte, durch die Leistung des ohne Rücksicht auf die eventuelle Möglichkeit der Realisierung dieser Ansprüche festgestellten Schadensersatzes dann, wenn er jene Ansprüche verfolgte und mit ihnen entgegen der erwähnten Voraussetzung durchdringen würde, zu viel erhielte. Andererseits kann man von dem Kläger keineswegs immer verlangen, daß er zunächst die vielleicht unsicheren und weitaussehenden Ansprüche gegen den Dritten verfolge und erst im Falle der Erfolglosigkeit den Ausfall im Wege des Schadensersatzanspruchs gegen den ihm zunächst zur Herausgabe oder Restitution Verpflichteten geltend mache.“

Nicht erst die Neuzeit hat diese praktischen und von dem Gerechtigkeitsgefühl getragenen Erwägungen, wie sie im § 255 B. G.-B. zu Tage treten, zum Ausdruck gebracht. Schon im klassischen Römischen Recht finden wir eine solche Bestimmung, daß der Schadensersatz leistende Schuldner Abtretung der dem Eigentümer in Bezug auf die Sache zustehenden Klagen zu verlangen berechtigt ist. Zum Beweise führe ich an dieser Stelle nur an l. 25 § 8 D. 19, 2; l. 60 § 2 D. 19, 2; l. 12 D. 42, 1, im übrigen verweise ich auf die Ausführungen in § 2 meiner Abhandlung. Für

das Gemeine Recht brachte dann Vangerow[1]) den Gedanken in dieser Weise zum Ausdruck: „Wer jemandem zum Schadensersatz wegen abhanden gekommener oder beschädigter Sachen verpflichtet ist, kann die Abtretung der diese Sache betreffenden Klagen verlangen."

Bei der Beratung des B. G.-B. war man sich über die Notwendigkeit der Aufnahme einer solchen Bestimmung von vornherein klar. Es ergaben sich jedoch zwei Möglichkeiten, um den gewünschten Erfolg zu erzielen. Entweder übernahm man die Regelung des Römischen Rechtes, indem man dem Ersatzpflichtigen einen Anspruch auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten zustehenden Ansprüche gab, oder man ließ eine gesetzliche Cession der dem Berechtigten zustehenden Ansprüche auf den Pflichtigen mit der Schadensersatzleistung eintreten. Der erste Entwurf vom 27. Dezember 1887 sprach sich im § 223 in folgenden Worten für die zweite Regelung aus: „Wird infolge der Entziehung oder der Vorenthaltung einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz für den Verlust der Sache oder des Rechtes selbst von dem Ersatzpflichtigen geleistet, so gehen auf den letzteren mit der Ersatzleistung die Ansprüche über, welche dem Entschädigten auf Grund des Eigentums oder des sonstigen Rechtes gegen Dritte zustehen."

Als sich aber vor allem Seuffert und Laband gegen diese Regelung wandten und sich für Uebernahme des römisch-rechtlichen Anspruchs auf Abtretung der dem Berechtigten zustehenden Ansprüche aussprachen[2]), fühlte sich die zweite Kommission aus praktischen Erwägungen veranlaßt, die Regelung des ersten Entwurfes fallen zu lassen. Die Gründe, welche die Kommission zu der Aenderung veranlaßten, ersehen wir aus den Protokollen Band I, S. 301: „Die Abtretung setze die Tatsache, den Zeitpunkt und den Umfang des Uebergangs der Ansprüche außer Zweifel und biete insbesondere für das Verhältnis zu Dritten den großen Vorteil, daß diese nur zu prüfen brauchen, ob sie erfolgt sei, ohne auf die Frage eingehen zu müssen, ob und in wieweit Schadensersatz geleistet worden sei."

---

[1]) von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III, § 574, Anm. 4.

[2]) Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Heft 11, S. 13; Laband im Archiv für civil. Praxis, Band 73, S. 183 und 184.

Darauf formulierte die zweite Kommission im § 218 des zweiten Entwurfes vom Juni 1895 den Gedanken so, wie er in dem oben zitierten § 255 B. G.-B. zum Ausdruck gekommen ist. Es ist darin ausgesprochen, daß der Ersatzpflichtige den Ersatz nur zu leisten braucht gegen Abtretung der dem Ersatzberechtigten in Bezug auf die Sache zustehenden Ansprüche.

So einfach der Inhalt des Paragraphen erscheint, sind doch in der Literatur Meinungsverschiedenheiten entstanden sowohl über das Anwendungsgebiet und den Gegenstand, als auch besonders über die Geltendmachung des Anspruchs und die Wirkung der Abtretung. Es soll nun Aufgabe dieser kleinen Abhandlung sein, die einschlägigen Fragen unter Berücksichtigung des Römischen Rechtes näher zu untersuchen.

§ 2. Behandlung der Bestimmung im Römischen Recht.

Bevor ich die streitigen Fragen für das bürgerliche Recht behandele, will ich in diesem Paragraphen nur auf das Römische Recht eingehen und an der Hand des Quellenmaterials untersuchen, in wie weit sich schon die römischen Juristen mit unserem Thema befaßt haben. Ich werde hierbei an erster Stelle die auf dingliche Klagen gerichteten Stellen behandeln, darauf die, welche es mit den persönlichen Klagen zu tun haben.[1])

Für die dinglichen Klagen führe ich folgende Stellen an.

1. l. 21 D. de rei vind. 6, 1:

> . . . . . si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat.

Hiernach soll der gutgläubige Besitzer eines infolge seiner Fahrlässigkeit entlaufenen Sklaven, wenn er mit der rei vindicatio belangt Schadensersatz leistet, Abtretung der Klagen des Eigentümers verlangen dürfen.

2. l. 63 D. t. c. 6, 1:

> si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a

[1]) vgl. dazu Schmid, die Grundlehren der Cession, Teil 1, S. 259 ff; Oertmann, die Vorteilsausgleichung, S. 256 ff; Taucher, die Pflicht zur Abtretung der Ersatzansprüche, S. 15 ff.

iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat: cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere.

Mit unzweifelhafter Deutlichkeit geht aus dieser Stelle hervor, daß der mit der rei vindicatio belangte, wegen schuldhaften Besitzverlustes zum Schadensersatz verurteilte, gutgläubige Besitzer Abtretung der dem Kläger zustehenden Klagen verlangen darf. Dieses Recht ist aber nur dem gegeben, der „culpa", nicht dem, der „fraude" den Besitz verlor. Damit scheiden hier ohne weiteres die Fälle der ficta possessio aus.[1]) Während also der dolose Besitzverlierer überhaupt nicht in Betracht kommt, ist der nicht dolose so weitgehend geschützt, daß er sogar ohne Cession prätorische Hülfe gegen den Dritten erhält.[2])

3. l. 69 D. t. c. 6, 1:

is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum.

Hiernach ist der fictus possessor nicht berechtigt, von dem Kläger eine Sicherheitsleistung für die eventuelle Abtretung seiner Klage zu verlangen. Daraus ergibt sich e contrario diese Berechtigung für den gutgläubigen Schadensersatzverpflichteten. Der erhöhte Schutz, der dadurch dem Verpflichteten gewährt wird, ist leicht ersichtlich. Da in vielen Fällen zur Zeit der Schadensersatzleistung eine Klage überhaupt noch nicht gegeben oder der Gegner noch nicht bekannt ist und der Berechtigte sich später weigern könnte, die Klage abzutreten, so wird durch die Sicherheitsleistung einerseits ein wünschenswerter Zwang auf den Berechtigten ausgeübt, andererseits das Interesse des Verpflichteten gewahrt.[3])

4. l. 70 D. t. c. 6, 1:

nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 257, auch Schmid a. a. O. S. 261.
[2]) vgl. Schmid a. a. O. S. 261. Oertmann a. a. O. S. 258.
[3]) Ebenso Oertmann a. a. O. S. 258.

Diese Stelle ist wie die vorherige nur e contrario für uns verwertbar. Es handelt sich nun darum, welche Klage mit der „quasi Publiciana" bezeichnet wird. Wie schon Oertmann[1]) ausführt, kann mit dieser quasi Publiciana nicht die abzutretende Klage gemeint sein, denn dann wäre der Kläger doch als publizianisch Berechtigter zu denken. Und das läßt sich meines Erachtens nicht mit dem im Texte stehenden Worte „dominus" in Einklang bringen. Auch kann die Publiciana nicht zur Anwendung kommen, da sie einen hier fehlenden rechtsgeschäftlichen Erwerb voraussetzt. Ich bin der Ansicht, daß mit dieser „quasi Publiciana" die actio in rem bezeichnet wird, die in der eben zitierten l. 63 dem gutgläubigen Schadensersatzpflichtigen gegen den dritten Besitzer gegeben wird, selbst wenn bei der Schadensersatzleistung die Abtretung der Klagen nicht stattgefunden hat.[2]) Wenn nun aber eine solche Klage nachträglich gegeben wird, ohne daß die Abtretung der Klagen des Schadensersatzberechtigten bei der Ersatzleistung erfolgt ist, so ist es kaum anzunehmen, daß der Jurist dem Ersatzpflichtigen das Recht auf Abtretung der Klagen des Berechtigten nicht gewährt haben sollte.

Die im Vorstehenden für die rei vindicatio erörterten Sätze gelten in ähnlicher Weise auch für die übrigen actiones in rem, vor allem für die hereditatis petitio und die actio hypothecaria.[3])

Ich komme nun zu den zahlreicheren Stellen, die es mit den persönlichen Klagen zu tun haben.

1. l. 25 § 8 D. 19, 2:

> si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et condictionem cedere.

Ohne Zweifel statuiert hier der Jurist eine Pflicht für den Eigentümer, die vindicatio und die condictio an den Wäscher oder Flickschneider abzutreten, wenn diese die Kleider verloren und deshalb Schadensersatz geleistet haben.

2. l. 60 § 2 D. locati conducti 19, 2:

> vestimenta tua fullo perdidit et habes unde petas nec repetere vis: agis nihilo minus ex locato cum fullone, sed iudicem aestimaturum, an possis ad-

[1]) Oertmann a. a. O. S. 259.
[2]) vgl. Oertmann a. a. O., Schmid a. a. O. S. 261, 262.
[3]) vgl. das Nähere darüber bei Schmid a. a. O., S. 263 ff.

versus furem magis agere et ab eo tuas res consequi fullonis videlicet sumptibus: sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit, tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet.

Danach kann der Schadensersatz leistende Schuldner, wenn gegen ihn die actio locati angestrengt ist, verlangen, daß der Ersatzberechtigte ihm seine Klagen abtritt, zu denen unsere Stelle auch die condictio furtiva zählt.[1]) Der Jurist zieht hier gleich die Grenze zwischen der Kontrakts- und Deliktsklage. Denn wenn der Ersatzberechtigte „adversus furem magis agere potest", dann soll der Ersatzpflichtige nur in die Kosten der Rechtsverfolgung gegen den Dieb verurteilt werden. Daß dies nur äußerst selten zur Anwendung kommen wird, ist offensichtlich, denn in den wenigsten Fällen wird der Dieb bekannt und mit einer Klage zu belangen und auch die Sache noch vorhanden sein. Und nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist der Dieb derjenige, gegen den man mit größerem Erfolge als gegen den Kontraktsschuldner die Klage anstrengt, da man von dem Dieb die verlorene Sache, von dem Ersatzpflichtigen aber nur einen Geldersatz erlangen kann.[2])

3. l. 12 D. de re iudicata 42. 1:

in depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Belangt der Eigentümer den Depositar oder Commodator wegen sogar dolosen Verlustes der Sache, so kann die Abtretung der Klagen des Eigentümers, natürlich nur soweit sie die Sache betreffen, verlangt werden.

Einen Unterschied von dem für die nur die dinglichen Klagen betreffenden Stellen festgestellten Ergebnis finden wir hier. Denn während bei den dinglichen Klagen der dolose Besitzverlierer wie oben nachgewiesen das Recht auf Abtretung der Klagen nicht hat, wird es ihm, mit einer obligatorischen Klage belangt, hier ausdrücklich zugesprochen. Der Grund dafür ist wohl mit Recht in der Verschiedenheit der obligatorischen und dinglichen Klagen

[1]) vgl. S. 15 der Abhandlung.

[2]) vgl. dazu Oertmann a. a. O., S. 263. Seiner Ansicht, daß der Ersatzpflichtige zur Abwendung seiner Verurteilung sich der exceptio doli bedienen könne, ist meines Erachtens beizutreten.

zu suchen, wie es Schmid, Oertmann mit ausführlicher Begründung und ihnen folgend Taucher tun.[1])

Schon aus den eben zitierten drei Stellen ergibt sich übereinstimmend folgendes Ergebnis. Der Schuldner hat, falls er Schadensersatz leistet, einen Anspruch auf Abtretung der Klagen des Eigentümers bezüglich der betreffenden Sache. Ja sogar, wenn der Schuldner verurteilt ist, hat er diesen Anspruch noch, wie aus der zitierten l. 12 ersichtlich ist, welche ausdrücklich dem condemnatus zu Hülfe kommen will und ferner auch im Titel de re iudicata steht.[2]) Der Schuldner kann diesen Anspruch gegenüber der Forderung auf Schadensersatz nicht nur im Wege der exceptio geltend machen, sondern kann es auch klageweise tun[3]), wie sich aus der zitierten l. 25, wo der Schuldner schon den Schadensersatz geleistet hat, und aus der zitierten l. 12, wo der Schuldner sogar schon zum Schadensersatze verurteilt ist, ergibt.

Um die Abtretung dieser Ansprüche zu erzwingen, steht dem Ersatzpflichtigen die Kontraktsklage zu. Das ergibt sich aus l. 2 D. de condictione sine causa 12, 7:

> si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit; nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Da nach dieser Stelle die Kontraktsklage zur Zurückforderung des geleisteten Schadensersatzes unbedenklich dienen soll, falls die verlorenen Kleider wieder in die Hände des Ersatzberechtigten gelangt sind, muß sie auch zur Abtretung der Ansprüche dienlich sein können.[4])

Daß die Klagen des Eigentümers nicht ipso iure auf den Ersatzleistenden übergehen, ergibt sich aus l. 25, zur Evidenz jedoch aus der eben zitierten l. 2. Denn wäre in

[1]) Schmid a. a. O., S. 265; Oertmann a. a. O., S. 261; Taucher a. a. O., S. 19.

[2]) So auch Oertmann a. a. O., S. 260, Taucher a. a. O., S. 18.

[3]) Ebenso Oertmann a. a. O., S. 262, Taucher a. a. O., S. 57.

[4]) Ebenso Oertmann a. a. O., S. 262.

diesem Fall die vindicatio des Eigentümers der Sachen auf den fullo übergegangen, wie könnte der Jurist da noch dem fullo die Klage auf Zurückgabe des geleisteten Wertersatzes gewähren! Würde er nämlich mit dem früheren Eigentümer in Streit geraten, so würde dieser, wie es sich aus der schon zitierten l. 63 ergibt, doch unterliegen. Dann bekäme der fullo auf diese Weise Kleider und Wertersatz, und das entspräche doch wohl kaum der aequitas! [1]) Daraus folgt also, daß die Klagen des Eigentümers nicht kraft Gesetzes auf den Schadensersatz leistenden Schuldner übergehen. [2])

Aus l. 25 und l. 60 ergibt sich, daß der Abtretungspflicht nicht nur die vindicatio, sondern auch die dem Eigentümer, dem dominus, gegen einen Dritten zustehende condictio unterliegt. Da dem dominus außer der condictio auch die vindicatio nach l. 25 zusteht, so muß mit der an den Ersatzpflichtigen, den fullo, abzutretenden condictio die condictio furtiva gemeint sein. Denn nach altem Rechte war nur die condictio furtiva neben der vindicatio gegeben. [3])

4. l. 54 § 3 D. de furtis 47, 2:

> qui alienis negotiis gerendis se optulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit: sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat; eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit.

Nach dieser Stelle besteht sogar eine Pflicht zur Abtretung der actio furti an den negotiorum gestor und den tutor, wenn von diesen Schadensersatz wegen Verlustes einer Sache geleistet wird.

5. l. 6 § 4 D. 4, 9:

> possumus autem furti vel damni iniuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus: sed una contenti esse debebimus, et si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras,

[1]) vgl. auch Oertmann a. a. O., S. 263.

[2]) Nur bei der oben zitierten l. 63 D. 6, 1 ist die Ansicht verteidigt worden, daß hier ein Fall der cessio legis vorliegt, so von Windscheid II. S. 365, Anm. 2.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O., S. 262, Dernburg, Pandekten II. S. 375.

quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur, ne saepius de eiusdem hominis admisso quaeratur, et contra, si de admisso unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.

Obgleich der exercitor aus dem Dienstvertrage schon eine Klage gegen den Schiffsmann hat, der etwas von der Schiffsladung stiehlt oder beschädigt, kann er dennoch Abtretung der Deliktsklage gegen den Schiffsmann von dem Schadensersatzberechtigten verlangen.

6. l. 14 § 9 D. 11, 3:

. . . . . quod si non habeat, pretium quidem simili modo accipere, cedere autem sollicitatori periculo eius de dominio servi actionibus.

Der Schadensersatz leistende Verführer eines Sklaven kann Abtretung der aus dem Eigentum an dem Sklaven folgenden Klagen verlangen.

7. l. 13 pr. D. 13, 6:

is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnetur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.

Während nach der schon zitierten l. 12 D. 42, 1 der Schadensersatz leistende Commodatar Abtretung der Klagen verlangen kann, wird ihm hier nur das Recht auf eine Sicherheitsleistung dafür zugebilligt, daß ihm die wiedergefundene Sache herausgegeben werde. Die von Oertmann [1]) versuchte Erklärung der Verschiedenheit damit, daß in l. 12 die Sache gestohlen, hier aber verloren und daher eine Klage gegen einen Dritten noch nicht gegeben sei, ist meines Erachtens nicht überzeugend. Denn es steht ja auch in l. 12 nur „res absit“ und es ist doch etwas willkürlich, daraus zu schließen, sie sei gestohlen. Mit demselben Rechte könnte man auch in l. 13 annehmen, die Sache sei gestohlen, denn sie kann ja auch beim Diebe wiedergefunden werden. Aber selbst wenn sie gestohlen wäre, so wäre doch in den meisten Fällen der Dieb unbekannt und daher ebenfalls wie beim Verlieren der Sache eine Klage gegen einen Dritten noch nicht gegeben, und damit eine Abtretung nach Oertmann doch unmöglich. — Die Frage, ob die Pflicht zur Klagenabtretung und zur Sicherheitsleistung neben einander bestand, oder ob die Pflicht zur Sicherheitsleistung eintrat, wenn die Abtretung

[1]) Oertmann a. a. O., S. 265.

unmöglich war, muß unbeantwortet bleiben, da ich Quellenmaterial hierfür nicht beibringen kann.

8. Nicht in Betracht kommt für uns l. 3 § 1 D. 14, 4:

> . . . . quamvis Pomponius libro octavo epistolarum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit: et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet.

Es handelt sich hier nicht um Abtretung einer dem Kläger zustehenden Klage an den Beklagten, sondern vielmehr um einen Anspruch auf Abtretung einer dem Beklagten zustehenden Klage.[1])

9. l. 27 § 5 D. 17, 1:

> si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Bei dieser Stelle kommt es darauf an, ob man bei dem mandatum qualificatum die actio mandati contraria für eine Schadensersatzklage, wie es Oertmann darin von Tuhr folgend tut, oder für eine Regreßklage hält, wie es wohl die Meinung von Taucher ist.[2]) Im ersten Fall ergibt sich, daß der Auftraggeber dem Gläubiger nur zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn dieser ihm seine Ansprüche gegen den Schuldner abtritt. Im zweiten Falle ist die Stelle für unser Thema unbrauchbar.

10. l. 95 § 10 D. 46, 3:

> . . . . nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter nec, si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat.

Ganz unzweideutig wird in dieser Stelle von dem Juristen dem Vormund, der dem Mündel wegen mangelhafter Führung der Vormundschaft Schadensersatz geleistet hat, das Recht gewährt, Abtretung der dem Mündel gegen seine Schuldner zustehenden Klagen zu fordern.

[1]) Gleicher Ansicht Oertmann a. a. O., S. 267 und 268, Taucher a. a. O., S. 18. Die gegenteilige Meinung vertritt Vangerow a. a. O., § 574, Anm. 4.

[2]) Oertmann a. a. O., S. 267; von Tuhr, actio de in rem verso, S. 36, Nr. 36. — Taucher a. a. O., S. 18, Anm 3.

41. l. 22 § 2 C. 6, 2:

sin autem nescius et dubitans rem non esse apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum est: tunc enim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit, cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati ignarus rei subreptae, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnimodo liberari eum qui commodatam suscepit, quemcumque causae exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit.

Nach dieser Stelle geht die dem Commodanten gegen den Dieb zustehende Klage auf den Ersatz leistenden Commodatar über, ohne daß von einer Abtretung die Rede ist. Sollte hier eine cessio legis entgegen unserem schon früher aufgestellten Satze vorliegen? Ich möchte das verneinen. Denn es handelt sich hier um die actio furti, eine Klage, die nicht nur dem Eigentümer, sondern jedem anständig Interessierten zusteht. Da zu diesen der Commodatar unzweifelhaft gehören kann, so ist ihm schon ohne weiteres die actio furti zu gewähren. Interessiert ist er jedoch erst dann, wenn der Eigentümer nicht die actio furti gegen den Dieb anstrengt, sondern den Commodatar aus dem Vertrage mit der actio commodati in Anspruch nimmt und dieser den Schadensersatz leistet. Von diesem Augenblicke an ist er interessiert, ihm steht daher die actio furti selbstständig kraft eigenen Rechtes zu. Von einer cessio legis kann also auch an dieser Stelle keine Rede sein.

Dem Ersatzberechtigten können in vielen Fällen zwei Klagen zustehen, auf der einen Seite die Kontraktsklage, auf der anderen die dingliche Klage gegen den dritten Besitzer oder die Deliktsklage gegen einen Dritten. Wie ist das Verhältnis dieser Klagen zu einander? Strengt der Berechtigte die dingliche Klage an, dann wird der Kontraktsschuldner von der Hauptverpflichtung der Rückgabe befreit, ohne daß die Ersatzpflicht wegen der von ihm ver-

schuldeten Beschädigung der Sache aufgehoben wird, was ja auch kaum zweifelhaft sein kann. Dagegen wird die dingliche Klage durch die Anstrengung der Kontraktsklage überhaupt nicht berührt. Geht der Ersatzberechtigte mit einer Deliktsklage erfolgreich gegen den Dritten vor, so erlischt die Kontraktsklage, soweit es sich nicht um Ersatz der von dem Kontraktsschuldner schuldhaft verursachten Beschädigungen der Sache handelt. Durch die Anstrengung der Kontraktsklage jedoch wird die Deliktsklage nicht betroffen, was sich auch aus der an erster Stelle zitierten l. 25 ergibt, da dort noch nachträglich die Abtretung verlangt werden kann, die Deliktsklage dem befriedigten Ersatzberechtigten noch immer zustehen muß. Dies ist jedoch nicht der Fall bei der actio furti, wie aus der eben zitierten l. 22 ersichtlich ist, denn diese Klage steht nach der erfolgten Schadensersatzleistung nicht mehr dem Ersatzberechtigten zu, weil er nicht mehr interessiert ist, sondern nur noch dem Commodatar als jetzt Interessiertem.

Daß eine nachträgliche Abtretung der Klagen gefordert werden kann, ist schon aus l. 25 § 8 D. 19, 2 und l. 12 D. 42, 1 nachgewiesen worden. Wie gestaltet sich die Lage aber, wenn die abhanden gekommene Sache später wieder in die Hände des Ersatzberechtigten gelangt, nachdem er den Schadensersatz erhalten hat? Wie aus l. 2. D. 12, 7 ersichtlich, ist in solchem Falle dem Ersatzpflichtigen sowohl die actio ex contractu, als auch die condictio zur Zurückerlangung des pretium gegeben. Wie kommt es, daß der Jurist überhaupt die Kontraktsklage oder die condictio, und daß er die beiden Klagen nebeneinander gewährt? Zur Beantwortung der ersten Frage ist kurz zu erörtern, wie das Unmöglichwerden der Leistung auf das Schuldverhältnis wirkt. Hierzu ziehe ich folgende Stellen heran: l. 31 § 11 D. 21, 1:

> si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret;

ferner l. 91 § 3 D. 45, 1:

> sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem quemadmodum intellegendum sit;

ferner l. 95 pr. D. 46, 1:

> Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc enim perinde solus ille qui decessit praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset.

Das rechtliche Verhältnis ist nach den zitierten Stellen keineswegs so, daß an die Stelle des ursprünglichen Schuldverhältnisses infolge der eingetretenen verschuldeten Unmöglichkeit eine andere gegen den Schuldner gehende Forderung tritt, sondern das frühere Schuldverhältnis besteht weiter. Bei subjektiver Unmöglichkeit hat sich nicht einmal der Leistungsgegenstand geändert, den zu leisten der Schuldner immer noch verpflichtet bleibt.[1]) Wenn von dem Schuldner Schadensersatz gefordert wird, so ist das eben nur „ein Notbehelf".[2]) Bei der objektiven Unmöglichkeit kann natürlich das Schuldverhältnis nicht mehr auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand gehen, das ursprüngliche Schuldverhältnis dauert jedoch fort, wenn auch mit verändertem Leistungsgegenstand.[3])

Nach dieser römischen Anschauung, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis trotz der nachfolgenden verschuldeten subjektiven Unmöglichkeit der Leistung weiterbesteht, ist die Gewährung der Vertragsklage eigentlich nicht erstaunlich. Denn da doch die locatio conductio operis, die in der l. 2 vorliegt, wie im entwickelten Römischen Recht fast alle Schuldverhältnisse zu den bonae fidei negotia gehört, muß das Schuldverhältnis auch im Sinn der bona fides abgewickelt werden. Da der Gläubiger im vorliegenden Falle seine Kleider wiedererlangt hat, so hat er das, was ihm aus der Obligation gebührte. Durch das Wiederbekommen der Kleider hat das noch bestehende Schuldverhältnis seine endgültige Regelung erfahren, wie wir aus l. 61 D. 46, 3 entnehmen:

> in perpetuum quotiens id quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio.

Der Schuldner wird also dadurch, daß der Gläubiger auf andere Weise die obligationsmäßige Leistung erhält,

---

[1]) vgl. auch Mommsen, I, S. 229; Windscheid a. a. O., S. 83, Anm. 7.

[2]) so Windscheid a. a. O.

[3]) Windscheid a. a. O.; Dernburg, Pandekten, I, S. 185; siehe dagegen Mommsen a. a. O., S. 230, der erst eine Klage auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand gibt.

frei.[1]) Daher hätte er auch das pretium nicht zu zahlen brauchen.

Sollte der Gläubiger nun auch noch das pretium behalten dürfen, so hätte er jetzt zu viel erhalten, und das würde dem Recht und der Billigkeit, der vielgerühmten bona fides Romanorum widersprechen. Aber auch das scheint mir nicht vollkommen der bona fides zu genügen, daß der Eigentümer gezwungen ist, den erhaltenen Schadensersatz zurückzuzahlen. Denn die nachträgliche Erlangung der Sache kann ja unter Umständen nicht mehr eine Erfüllung des Schuldverhältnisses sein. Man denke z. B. daran, daß im Falle der l. 2 der Eigentümer sich für das pretium eine andere Toga gekauft hat. Sollte denn jetzt, wenn er seine alte Toga in sehr defektem Zustande wiedererhält, nachdem sie vielleicht von irgend einem Sklaven getragen worden ist, das noch eine obligationsmäßige Erfüllung des Schuldverhältnisses sein!

Auch die römischen Juristen haben ein solches Vorgehen für unvereinbar mit den Interessen des Gläubigers gehalten und eine andere Regelung getroffen, wie sich aus l. 17 § 5 D. 13, 6 ergibt:

> rem commodatam perdidi et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.

Es wird demnach dem Eigentümer die Wahl gelassen, entweder seine Sache zu behalten, dann aber natürlich das pretium herauszugeben; eventuell muß man ihm allerdings das Recht gewähren, sein Interesse an der nicht rechtzeitigen Leistung verlangen zu dürfen und also um dieses den erhaltenen Schadensersatz zu mindern, — oder die wiedererhaltene Sache an den Schuldner herauszugeben und dann natürlich den empfangenen Ersatz in voller Höhe zu behalten.[2])

Wie steht es nun mit der von Cassius, einem Vertreter der Schule der Sabinianer, gewährten condictio? Während Ulpian die Kontraktsklage als etwas Selbstverständliches

---

[1]) vgl. Dernburg, Pandekten I, S. 186, Mommsen I, S. 260.

[2]) Daß auch in der l. 2 die Vertragsklage nur wahlweise auf Wert oder Kleider zu richten ist, nimmt Faber, a. a. O. Erläuterungen zu l. 2 D. 12, 7, an, weil sie sonst denselben Gegenstand hätte wie die condictio, nämlich auf das pretium. Dies entspräche aber nicht den Grundsätzen des R R, eine condictio zu gewähren, wo eine Vertragsklage gegeben sei. Folglich müßten sich hier Vertragsklage und condictio in ihrem Gegenstande unterscheiden.

zugesteht, glaubt er die condictio erst begründen zu müssen. Denn ein indebitum sei zwar nicht geleistet, aber weil der Eigentümer seine Kleider wiedererlangt habe, sei der Grund des Schadensersatzes weggefallen, der Schadensersatz stelle sich also als sine causa geleistet dar und deshalb könnte wohl gleichsam sine causa kondiziert werden. Es läßt sich nicht leugnen, daß dieser Begründung etwas Gezwungenes anhaftet. Und es ist sehr wohl möglich, daß sich Ulpian, wie von Mayr ausführt [1]), nur durch „die Autorität des Cassius" dazu hat bestimmen lassen, „wenigstens unter Umständen" eine condictio zu gewähren. Vielleicht hat man überhaupt aus diesem Zögern des Ulpian bei der Gewährung der condictio zu schließen, daß er ihre Anwendung nicht billigt, was Jacobi ausspricht.[2]) Zum besseren Verständnis der Ausführungen halte ich es für nötig, in knappen Zügen auf die Lehre von den Condictionen einzugehen.

Die condictio entstammte der Periode des Legisactionenprozesses, sie diente ursprünglich dazu, vertraglich bedungene Leistungen zu erzwingen. Durch die lex Silia war die condictio als Klageform auf bestimmte Geldsummen eingeführt, auf certa pecunia, die sog. condictio certi. Durch die lex Calpurnia wurde die condictio ausgedehnt auf jede bestimmte Sache, auf certa res, die sog. condictio triticaria, benannt nach ihrem Hauptgegenstand. Erst in der Kaiserzeit bezeichnete man auf ein incertum gehende iudicia stricti iuris als condictiones incerti.[3]) Im Laufe der Zeit verloren sie jedoch ihren strengen Charakter. Die condictio diente jetzt zum Ausgleich von kontraktlichen oder außerkontraktlichen Vermögensverschiebungen, die des Rechtsgrundes ermangelten. Das folgt aus l. 1 § 3 D. 12, 7:

> constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam;

ferner aus l. 25 D. 25, 2:

> nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.

Es bildeten sich im Römischen Recht verschiedene Arten von Condictionen aus. Traf den Condictions-

---

[1]) von Mayr, die condictio des römischen Privatrechts, S. 348.

[2]) Jacobi in den Dogm. Jahrbüchern, Band 4, S. 260, Anm. 122 sub 3.

[3]) vgl. Dernburg, Pandekten I, Abt. 1, S. 301—303.

schuldner beim Erwerbe ein Verschulden, so konnte in Betracht kommen die condictio furtiva, die condictio ob iniustam und die ob turpem causam. Diese drei Fälle können für unsere Frage außer Betracht bleiben. Traf den Condictionsschuldner kein Verschulden, so hatte man ebenfalls drei Arten der condictio zu berücksichtigen: die condictio indebiti, die condictio causa data causa non secuta und die condictio sine causa.

Die condictio indebiti diente zur Rückforderung der zur Tilgung einer vermeintlichen Schuld gemachten Zahlung, so l. 1 D. 12, 6:

> et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest.

Mit der condictio causa data causa non secuta kann man vorgehen, wenn etwas zur Erreichung eines Zweckes geleistet ist, ohne daß der beabsichtigte Erfolg eingetreten ist. Unter die condictio sine causa lassen sich alle die Fälle subsumieren, bei denen die beiden anderen Arten der condictio versagen. Während bei den beiden ersterwähnten Arten die Vermögensverschiebung durch Tätigwerden des Condictionsschuldners stattfinden mußte, ist die condictio sine causa auch dann gegeben, wenn etwas auf sonstige Weise aus dem Vermögen eines anderen erworben ist.[1]) So lassen die alten Juristen bei Anschwemmungen eine condictio zu, l. 4 § 2 D. 12, 1:

> ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt.

Die condictio sine causa findet sowohl dann Anwendung, wenn die Leistung überhaupt ohne Rechtsgrund erfolgt ist, als auch dann, wenn der rechtliche Grund später weggefallen ist.[2]) Liegt das letztere vor, dann kommt der Spezialfall der condictio sine causa zur Anwendung, nämlich die condictio causa finita.

Da die condictio nun neben der Kontraktsklage gewährt wird, so ist zu untersuchen, wie das Verhältnis der beiden Klagen zu einander ist. Hierzu ziehe ich l. 19 § 6 D. 19, 2 heran:

> si quis cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed

[1]) vgl. Dernburg, Pandekten II, S. 387.
[2]) vgl. Dernburg, Pandekten, II, S. 387.

ut sibi in causam conductionis proficeret. aliter atque si quis, cum decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam condictionem. nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest.

Zur Zurückforderung des Mietzinses für die zweite Hälfte des Jahres wird die Vertragsklage gewährt, nicht aber eine condictio, dagegen wird nur die condictio gegeben, wenn mehr als der bedungene Zins gezahlt ist. Die ratio dabei ist ja offensichtlich. Im ersten Falle wurde durch die Zahlung die dem Mietvertrag entspringende Schuld getilgt, und wenn später die vertragliche Benutzung der Wohnung unmöglich wird, so ist dies ein Umstand, der bei einem Mietvertrage möglicherweise eintreten kann und daher von dem Vertrage mitumfaßt werden muß. Dann ist natürlich die Vertragsklage auch geeignet, eine solche Zahlung zurückzufordern. Zahlt man aber mehr, als vertraglich bedungen ist, so liegt das Mehr außerhalb des Vertrages, und deshalb kann die Vertragsklage auch nicht geeignet sein, um das Mehr zurückzufordern. Sondern da hier in Wahrheit eine Nichtschuld bezahlt ist, wird auch nur die condictio durchdringen.[1])

Dasselbe Ergebnis erhält man aus l. 18 § 3 D. 4, 3:

atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condictione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest: nisi si ea condictione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere;

ferner aus l. 3 §§ 2 und 3 D. 11, 6:

Pomponius tamen scribit, si emptor plus dederit venditori propter renuntiationem quia condicere potest quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil enim emptoris interesse, cum possit condicere: nisi solvendo venditor non fuit: tunc enim mensor tenebitur. § 3. sed si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus a mensore, consequenter dicit Pomponius non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emptorem, nisi et hic emptor solvendo non sit.

[1]) Dasselbe spricht Jacobi aus a. a. O., Band 4, S. 260, Anm. 122 sub 1; vgl. auch von Mayr a. a. O., S. 346, Mommsen I, S. 260.

Also auch hier wird, wenn die Leistung hinter der vertraglich bedungenen zurückbleibt, die Vertragsklage gewährt; geht sie über die vertraglich bedungene hinaus, dann die condictio.[1])

Auch in anderen Fällen finden wir, daß die Vertragsklage gewährt wird, wenn es sich um Erscheinungen handelt, die normalerweise beim Vertrage vorkommen können, vgl. l. 50 § 1 D. 23, 3, während die condictio nur bei Rechtsunwirksamkeit des beabsichtigten Geschäftes der Anfechtung dient, vgl. l. 7 D. 12, 5.[2])

In manchen Fällen indes kann es zweifelhaft sein, ob es sich um eine Unterwerfung unter die naturalia negotii, die mit der Vertragsklage geltend zu machen wäre, oder um eine außerkontraktliche, aber vertragswidrige und deshalb ungerechtfertigte Vermögensverschiebung handelt, welche mittels condictio rückgängig zu machen wäre. Bei solchen interessanten Fällen schwanken die römischen Juristen bei der Wahl der Klagen und wollen mitunter, wenn auch zögernd, beide Klagen, sowohl die Vertragsklage, als auch die condictio gewähren, so l. 11 § 6 D. 19, 1:

> ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Julianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus.

Sicherlich kann mit der Kontraktsklage die Rückgabe der arra erzwungen werden, da dies ja doch mit zur Erfüllung des Vertrages gehört. Da das Schuldverhältnis aber schon seine völlige Erledigung gefunden hat, so kann man hier auch aus dem Gesichtspunkt der causa finita den Ring kondizieren. Denn da der Kauf zustande gekommen, ist der Grund für die Hingabe der arra weggefallen.[3])

Auch die in diesem Paragraphen schon des öfteren herangezogenen l. 2 D. 12, 7 gibt ein Beispiel für diese zweifelhaften Fälle. Unbedenklich gewähren beide Juristen die Vertragsklage übereinstimmend mit der be-

[1]) vgl. dazu Jacobi a. a. O., S. 260, Anm. 122 sub 2 und von Mayr a. a. O., S. 346, Anm. 2.

[2]) vgl. von Mayr a. a. O., S. 348, Jacobi a. a. O.

[3]) vgl. Javobi a. a. O., sub. 3.

reits zitierten l. 17 § 5 D. 13, 6.[1]) Das erscheint auch vom Standpunkte des Römischen Rechtes nicht verwunderlich. Denn wie schon ausgeführt, erlitt durch nachfolgendes Unvermögen des Schuldners die Vertragsobligation bezüglich ihres Gegenstandes keine Aenderung. Das spätere Möglichwerden und die sich daraus ergebende Pflicht zur Rückzahlung der geleisteten Entschädigung lag somit im „gewöhnlichen Rahmen" des Vertragsverhältnisses und, weil letzteres noch nicht vollkommen abgewickelt war, konnten diese naturalia negotii mit der Vertragsklage zur Geltung gebracht werden.

Andererseits scheint den römischen Juristen doch vorgeschwebt zu haben, daß der Schuldner durch die Schadensersatzleistung nur seine Vertragspflicht erfüllt und dadurch das Vertragsverhältnis seine Erledigung gefunden habe, so daß, nachdem sich die Kleider wiedergefunden hatten auf Seiten des Gläubigers, eine außerkontraktliche, aber dem Vertragszwecke widersprechende Bereicherung eintrat, zu deren Anfechtung die condictio dienlich schien.

Nach allen vorhergegangenen Untersuchungen erübrigt es sich nur noch, zu erörtern, welche Art der condictio zur Anwendung kommen dürfte. In der lex 2, auf die ich mich mangels weiteren Quellenmaterials stützen muß, liegt die condictio indebiti nach den eigenen Worten des Ulpian nicht vor, und dem ist unbedenklich beizustimmen. Denn eine Nichtschuld ist hier keineswegs gezahlt worden. Der Wäscher war ja doch verpflichtet, als Schadensersatz den Wert der verloren gegangenen Kleider zu zahlen, es lag also eine Schuld für ihn vor, und diese Schuld kann sich nicht infolge des Wiedererlangens der Kleider durch den Eigentümer in eine Nichtschuld verwandeln. Wie steht es nun mit der zögernd gewährten condictio causa finita? Wie schon nachgewiesen, hat das Schuldverhältnis an sich durch das Unmöglichwerden der Leistung keine Veränderung erlitten. Kommt die verlorene Sache wieder in die Hände des Eigentümers auf andere Weise als durch Tätigwerden des Schuldners, so ist damit das Schuldverhältnis, wie oben gezeigt, erloschen. Damit ist dann der Grund der Schadensersatzleistung fortgefallen, falls in der Wiedererlangung der verlorenen Sache eine Erfüllung des Schuldverhältnisses zu finden ist,

[1]) vgl. Javobi a. a. O., nur daß in dieser lex das petitum alternativ zu stellen ist.

und somit könnte man mit einer condictio causa finita vorgehen.[1]) Da nur die Schadensersatzleistung außerhalb des Vertragsverhältnisses liegt, so kann die condictio auch nur auf das pretium gerichtet werden,[2]) nicht etwa wie die Vertragsklage auch auf die Sachen.

Zum Schluß will ich das aus den angeführten Quellenstellen gewonnene Ergebnis in Kürze noch einmal zusammenfassen.

1. Der Schadensersatzpflichtige ist zur Leistung des Schadensersatzes nur gegen Abtretung der dem Berechtigten in Bezug auf die Sache zustehenden Klagen verpflichtet.

2. Gegenstand der Abtretung sind sowohl die dinglichen Klagen, vor allem die rei vindicatio, die hereditatis petitio und die actio hypothecaria, als auch die persönlichen Klagen, so die condictio, ferner die Deliktsklagen.

3. Das Recht auf Abtretung kann nicht nur durch exceptio, sondern auch nachträglich durch Klage geltend gemacht werden.

4. Die dem Ersatzberechtigten zustehenden Klagen gehen nicht ipso iure auf den Ersatzpflichtigen über.

5. Die Abtretung der Ansprüche kann durch Leistung einer cautio gesichert werden.

6. Erlangt der Berechtigte nach erfolgter Ersatzleistung die Sache wieder, dann muß er entweder die Sache herausgeben oder den Wertersatz zurückgewähren, was mit der Vertragsklage, beziehungsweise der condictio erzwungen werden kann. Es steht dem Berechtigten jedoch das Wahlrecht zu, bei der condictio sich durch Hingabe der Sache, bei der Vertragsklage durch Zurückgewähr des in vielen Fällen geminderten Schadensersatzes zu befreien.

§ 3. Das Verhältnis des § 255 zur Vorteilsausgleichung.

Bei einer Abhandlung über § 255 wird man nicht umhin können, auf die Lehre von der compensatio lucri cum damno, oder um den von Oertmann in seiner schon zitierten Schrift geprägten Ausdruck anzuwenden, auf die Lehre

[1]) Die condictio causa finita als vorliegend nehmen an: Glück a. a. O., S. 203, v. Reinhardt a. a. O., S. 440; Dernburg, Pandekten II, S. 387, Anm. 10; Oertmann a. a. O., S. 251; Windscheid a. a. O., II, S. 825, Anm. 12; Brinz a. a. O., S. 551, Anm. 3 und 4.

[2]) Glück a. a. O., Faber a. a. O.

von der Vorteilsausgleichung einzugehen. Zwar kann es nicht meine Aufgabe sein, innerhalb der durch mein Thema gesteckten Grenzen diese so überaus schwierige und heiß umstrittene Lehre des Näheren zu behandeln. Es wird sich zur völligen Lösung meiner Aufgabe nur darum handeln, das Verhältnis des § 255 zur Vorteilsausgleichung klarzustellen, oder noch präziser ausgedrückt darum, zu untersuchen, ob § 255 sich als ein Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung darstellt oder nicht.

Beide Ansichten sind vertreten worden. Vor allem stellt Schollmeyer,[1]) ohne jedoch eine Begründung dafür zu geben, die Behauptung auf, daß § 255 einen Anwendungsfall der compensatio lucri cum damno bilde. Gegen diese Ansicht wendet sich Oertmann.[2]) Er scheidet das Anwendungsgebiet des § 255 von der Vorteilsausgleichung mit der Begründung, daß die nach § 255 abzutretenden Ansprüche nur Surrogatansprüche des beschädigten Rechtsgutes, nicht lucra im Sinne der compensatio lucri cum damno seien. Im gleichen Sinne spricht sich auch Crome aus.[3]) Gegen Oertmann hat wieder Fischer[4]) auf das Entschiedenste den Standpunkt vertreten, daß das Anwendungsgebiet des § 255 nur einen Unterfall der Vorteilsausgleichung bilde.

Ohne weiteres ist zuzugeben, daß der in § 255 ausgesprochene Gedanke, der Ersatzberechtigte solle nicht auf Kosten des Verpflichteten bereichert werden, auch der herrschende bei der compensatio lucri cum damno ist. Aus dieser Gleichartigkeit kann man aber nicht darauf schließen, daß § 255 lediglich ein Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung ist. Ich will ferner auch zugeben, daß die Vorteilsausgleichung sich nicht nur durch Anrechnung, sondern auch durch Abtretung des das lucrum bildenden Anspruchs vollziehen kann.[5])

Während nun aber bei der compensatio lucri cum damno das lucrum ein neues selbständiges Rechtsgut ist, bilden die nach § 255 abzutretenden Ansprüche nicht etwa ein neues Rechtsgut, sondern sie sind nur ein Minus im

[1]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 49, No. 6.

[2]) Oertmann a. a. O., S. 276, 277.

[3]) Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes II, § 151, Anm. 67.

[4]) Fischer, der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 225, 247.

[5]) vgl. Oertmann a. a. O., S. 240 und 276; Fischer a. a. O., S. 225.

Vergleich zur unversehrten Sache. Handelt es sich um den Eigentumsanspruch, so ist das meines Erachtens mit Oertmann und Taucher gegen die Ansicht von Fischer als richtig anzunehmen.[1]) Doch auch bei den Ersatzansprüchen, die wie in § 5 der Abhandlung zu beweisen sein wird, nach § 255 abzutreten sind, wird sich die Richtigkeit des aufgestellten Satzes nicht leugnen lassen.

Denn der zum Schadensersatz Berechtigte hat durch das die Schadensersatzpflicht verursachende Ereignis nicht mehr die Möglichkeit, das ihm zustehende Rechtsgut zu verwerten oder zum mindesten nicht mehr voll und ganz zu benutzen, allerdings sind ihm dafür Ansprüche gegen Dritte auf Schadloshaltung erwachsen. Sollten diese Ansprüche wirklich die erforderliche Selbständigkeit haben, um sie dem Rechtsgute gegenüber, dessen Verletzung sie ihre Entstehung verdanken, als ein neues selbständiges Rechtsgut zu bezeichnen? - Meines Erachtens ist es richtiger, sie als Ersatz, als Surrogat des verletzten Rechtsgutes anzusehen.[2])

Ferner hält Oertmann[3]) die bei der compensatio lucri cum damno erforderliche Kausalität zwischen Vorteil und Schaden bei dem Anwendungsgebiet des § 255 nicht für erforderlich, da hier die „Einheit des Rechtsgutes, auf das sich die beiden Ansprüche beziehen, die Einheit der Kausalität hinreichend ersetzt, die nötig ist, um eine Anrechnung des mit dem Schaden in keiner Weise sonst innerlich zusammenhängenden Vorteils zu ermöglichen." Es erscheint mir recht glücklich, für den § 255 die Frage nach dem Kausalzusammenhang auszuscheiden, da durch diese bestrittene Lehre für die Auslegung des § 255 nur viele schwer zu behebende Zweifel entstehen würden. (4

Im Gegensatz zu Oertmann macht Fischer geltend, [5]) man könne mit gleichem Rechte behaupten, daß auch im Falle des § 255 der Kausalzusammenhang vorhanden sei, da die auf Grund des Eigentums zustehenden, abzutretenden Ansprüche doch erst durch das die Ersatzpflicht begründende Ereignis ins Leben träten. Doch auch er will

[1]) Oertmann a. a. O., S. 276; Taucher, die Pflicht zur Abtretung der Ersatzansprüche nach § 255, S. 11; Fischer a. a. O., S. 225.

[2]) gleicher Ansicht Oertmann a. a. O.; Taucher a. a. O., S. 12.

[3]) Oertmann a. a. O., S. 279.

[4]) vgl. auch Taucher a. a. O., S. 13; vgl. über das vielbehandelte juristische Kausalproblem Rümelin im Archiv für civ. Praxis, Band 90, S. 171 ff.

[5]) Fischer a. a. O., S. 247 und 248.

auf diese ihm offenbar schwierig erscheinende Frage nicht eingehen und meint aus dem Grunde, daß in beiden Fällen der Vorteilsausgleichung der Zweck sei, eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers zu verhindern, müsse man folgern, den Kausalzusammenhang zwischen Vorteil und Nachteil zu suchen. „Der Vorteil könne aber," wie er weiter ausführt, „auf dem zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignis, er könne auch auf der Schadensbeseitigung beruhen."

Während nun aber bei der eigentlichen compensatio lucri cum damno, d. h. der Anrechnung des Vorteils, der Kausalzusammenhang durch den Nachweis bewiesen wird, daß der Vorteil durch das die Ersatzpflicht begründende Ereignis entstanden sei, kann er, wie Fischer selbst zugibt, im Falle des § 255 nicht auf das zum Ersatz verpflichtende Ereignis zurückgeführt werden, das lucrum entstehe hier erst durch die den Schaden übersteigende Schadensbeseitigung. Eine gewisse Verschiedenheit zwischen der compensatio lucri cum damno und dem Falle des § 255 wird daher auch von ihm nicht geleugnet.

Ich meine aber, wenn die Ursache des Schadens eine von der Ursache des Vorteils verschiedene ist, so kann man nicht mehr von einem K a u s a l zusammenhang sprechen, es kann sich höchstens um einen losen Zusammenhang von Schaden und Vorteil handeln, den Fischer in sehr gekünstelter Weise herstellt. Von einem Kausalzusammenhang kann vielmehr nur die Rede sein, wenn die causa das Bindeglied zwischen Vorteil und Nachteil darstellt. Mit Recht beschränkt daher auch Klein[1]) meines Erachtens das Gebiet der compensatio lucri cum damno auf die Fälle, in denen „gemäß nachträglicher objektiver Prognose" der Vorteil auf demselben Ereignis beruht, das auch den Nachteil hervorgerufen hat.[2])

Den Grund für die Verschiedenheit der Ansichten von Oertmann und Fischer sucht Taucher[3]) in ihrer divergierenden Auffassung des Schadens, meines Erachtens mit voller Berechtigung. Im Gegensatz zu der aus dem Römischen Recht überkommenen und auch jetzt als die herrschende anzusehenden Differenztheorie oder abstrakten

[1]) Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, S. 130 ff.

[2]) vgl. auch die Entscheidung des O. L. G., Posen, in der Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern, 05, 24.

[3]) Taucher a. a. O., S. 7 ff.

Schadensberechnung, hat Walsmann[1]) allerdings nur beim Vermögensschaden von einer konkreten Schadensberechnung gesprochen. Während nach der abstrakten Schadensberechnung der Schaden sich als die Differenz zwischen dem Vermögen des Berechtigten nach Eintritt des schädigenden Ereignisses und dem Vermögen ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses darstellt, ist der Schaden nach der konkreten Theorie die Einbuße selbst, welche das Rechtssubjekt in Gestalt der Entziehung oder Beschädigung eines Vermögensbestandteiles am Vermögen erlitten hat. Zwar hat sich Rümelin[2]) gegen diese Gegenüberstellung von abstrackter und konkreter Schadensberechnung gewandt und die zwei Schadenstheorien für eine Fabel erklärt. Demgegenüber genügt der Hinweis, daß in der Literatur doch tatsächlich diese beiden Theorien mit verschiedenen Resultaten vertreten sind und daß gerade Fischer gegen Oertmann die abstrakte für die allein richtige erachtet.

Fischer[3]) lehnt die konkrete Schadensberechnung ab und folgt der herrschenden Auffassung des Schadens. Bei ihm kann die Frage nach der Schadensbeseitigung erst dann praktisch werden, wenn „die Summe der aus dem schädigenden Ereignis hervorgehenden nachteiligen Folgen die Summe der hervorgegangenen Einzelvorteile übersteigt." Da jedoch die Anrechnung der lucra oftmals nicht vollen Ersatz, die Naturalherstellung dagegen oft dem Berechtigten ein Plus verschaffen würde, so muß bisweilen die Vorteilsausgleichung erfolgen, immer aber erst nach der Schadensbeseitigung, höchstens Zug um Zug mit ihr.[4]) Im Gegensatz hierzu hat sich Oertmann[5]) der konkreten Schadensberechnung zugewandt, indem er sie auch auf solchen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, ausdehnen will. Daß die Berechtigung der konkreten Schadensberechnung aus der im B. G.-B. an erster Stelle erwähnten Naturalherstellung hervorgehe, während der Geldersatz erst subsidiär in Frage kommt, hat Taucher[6])

[1]) Walsmann, compensatio lucri cum damno, S. 10.

[2]) Rümelin, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 45, S. 197; vgl. auch Kisch, Juristisches Literaturblatt, Band 15, S. 40.

[3]) Fischer a. a. O., S. 222; vgl. auch Stintzing, „Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt? S. 8, Anm. 1.

[4]) Fischer a. a. O.

[5]) Oertmann a. a. O., S. 6 ff.

[6]) Taucher a. a. O., S. 8 und 9.

in längerer, meines Erachtens gelungener Ausführung zu begründen gesucht.

Wenn man der konkreten Theorie folgt, muß man ohne weiteres zu einem Unterschiede des § 255 von der Vorteilsausgleichung kommen. Denn während bei der abstrakten Theorie der Schaden stets eine einheitliche Größe ist, es zwischen dem Schaden selbst und seinen einzelnen Merkmalen keinen Unterschied gibt, ist dagegen bei der konkreten der Schaden stets eine aus mehreren Posten zusammengesetzte Summe, deren einzelne Posten durch die verschiedenen Folgen des zum Ersatz verpflichtenden Ereignisses gebildet werden. Bei § 255 tritt uns der Schaden zuerst als eine einheitliche Größe entgegen, erst zum Zwecke der Schadensbeseitigung sehen wir uns genötigt, den Schaden nach seinen einzelnen Merkmalen festzustellen. Es ist schon zugegeben worden, was vielleicht für die Gegenmeinung sprechen könnte, daß auch bei der compensatio lucri cum damno die Ausgleichung durch Abtretung des lucrum erfolgen kann, demgegenüber ist aber nachgewiesen worden, daß die abzutretenden Ansprüche nicht als lucrum im Sinne der compensatio lucri cum damno anzusehen sind. Ferner sehen wir, daß bei § 255 zwar für die Feststellung des Schadens zwei Größen in Betracht kommen, der Schaden sich jedoch nicht aus diesen beiden Größen zusammensetzt, sondern eine einheitliche Größe ist.

Es läßt sich nicht leugnen, daß bei den Fällen des § 255 der Schaden nach der konkreten Schadensberechnung leicht berechnet werden kann, — wie leicht erfolgt dann auch die Schadensbeseitigung durch vollen Ersatz gegen Abtretung der Ansprüche —, während sich bei der abstrakten Berechnung die ungeheuere Schwierigkeit ergeben würde, den Wert der dem Eigentümer verbliebenen Ansprüche abzuschätzen.

Nach meinen vorstehenden Ausführungen ist meines Erachtens im § 255 nicht ein Anwendungsfall der compensatio lucri cum damno zu finden, man könnte ihn vielmehr wie Walsmann[1]) einen Parallelfall dazu nennen. Die gleiche Ansicht vertritt Wieland,[2]) der auch nur eine Verwandtschaft, nicht eine Identität der Abtretungspflicht aus § 255 mit der compensatio lucri cum damno annimmt.

[1]) Walsmann a. a. O., S. 70; auch Rümelin a. a. O., S. 208 gibt zu, daß es sich bei § 255 jedenfalls um eine eigenartig geregelte Art der Vorteilsausgleichung handle.

[2]) Wieland, Archiv für civ. Praxis, Band 95, S. 227.

In neuester Zeit hat Stintzing eine Abhandlung über die compensatio lucri cum damno veröffentlicht. Wie er wohl überhaupt das ganze Rechtsinstitut der compensatio lucri cum damno leugnet, will er auch in § 255 nicht einen Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung sehen.[1]) Allerdings folgt das bei ihm aus der Ansicht, daß es sich im § 255 gar nicht um eine eigentliche Schadensersatzpflicht, sondern um eine „Schadloshaltungspflicht" handle; ein socher Unterschied wird aber vom Gesetz gar nicht gemacht. Er hält es für eine völlig falsche Auffassung, den Grund zur Abtretungspflicht darin zu erblicken, daß sowohl eine Bereicherung des Berechtigten, als auch des Verpflichteten vermieden werden solle, und verweist zur Begründung auf die actio furti und die actio legis Aquiliae. Diesen Hinweis halte ich nicht für stichhaltig, da es sich bei diesen beiden Klagen nicht bloß um eine Entschädigung, sondern auch um Strafe handelt. Diese trifft aber heute auch noch den Schädigenden nach den Strafgesetzen, natürlich nur, wenn seine Handlung sich als eine strafbare darstellt. Da heute Straf- und Civilrecht streng geschieden sind, so beweist dieser Hinweis meines Erachtens gar nichts. Vielmehr kann es nach der gerade in diesem Fall so überaus klaren Fassung der Motive keinem Zweifel unterliegen, daß die Abtretungspflicht eine Bereicherung eines jeden der Beteiligten verhüten will. Deshalb kann ich auch die Meinung Stintzings nicht teilen, daß es sich hier gar nicht um eine eigentliche Schadensersatzpflicht handele.

Ich will hier noch einen von Oertmann aufgestellten Satz erörtern, der in enger Beziehung zu § 255 steht. Ist nämlich jemand zum Schadensersatz wegen Beschädigung einer Sache verpflichtet, so muß er auf Verlangen des Berechtigten Ersatz des vollen Wertes der Sache leisten, falls dies durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt ist.[2]) Eine besondere ausdrückliche Bestimmung darüber enthält zwar das B. G.-B. nicht, wie z. B. das A. L. R. I. 6 § 91, trotzdem läßt sich aus der Regelung des B. G.-B. dies Prin-

[1]) Stintzing, „Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?" S. 62.

[2]) Ein Beispiel gibt Fischer a. a. O., S. 259. Es wird in einen neuen Gesellschaftsanzug ein Loch gerissen. Da der Geschädigte schwerlich einen geflickten Gesellschaftsanzug gebrauchen kann, so muß man ihm das Recht gewähren, Ersatz des vollen Wertes des Anzuges verlangen zu dürfen.

zip herleiten. Daß der Beschädigte sich nicht „mit Flickwerk" zu begnügen braucht und die Beschädigung seiner Sache als eine totale Zerstörung behandeln kann, wenn die Sache wegen ihrer Beschädigung für ihn ohne Interesse ist, hat meines Erachtens Oertmann[1]) mit Recht aus den §§ 251, 280, 325 B. G.-B. gefolgert. Wenn nun aber der Beschädigte beim Ersatz der ganzen Sache auch noch diese selbst behalten dürfte, würde er in einer der Billigkeit widersprechenden Weise grundlos bereichert sein, und daher muß in analoger Anwendung des § 255 angenommen werden, daß der zum Schadensersatz Verpflichtete die Herausgabe der beschädigten Sache verlangen kann.[2])

Auch hier handelt es sich daher nicht um einen Fall der compensatio lucri cum damno, sondern nur um eine analoge Ausdehnung des § 255. Denn auch hier handelt es sich nicht um ein lucrum, sondern nur um ein Surrogat, um ein Minus gegenüber dem früheren Zustand.[3])

§ 4. Anwendungsgebiet.

Nach § 255 kann die Abtretung der Ansprüche verlangt werden bei Schadensersatzleistung für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes. Nun kennt das Gesetz zwei Arten der Schadensersatzleistung, und zwar die Naturalherstellung gemäß § 249 und die Ersatzleistung in Geld gemäß § 251 B. G.-B. Nach der allgemeinen Fassung des § 255 ist zu unterstellen, daß er wohl auf alle Fälle der Schadensersatzleistung Anwendung finden soll. Das ist jedoch streitig.

[1]) Oertmann a. a. O., S. 316; es wird dies auch ziemlich allgemein angenommen; vgl. Fischer a. a. O., S. 258; Taucher a. a. O., S. 14.

[2]) Oertmann a. a. O.; Dernburg, Bürgerliches Recht II, S. 34, 2 h; Crome a. a. O., § 151, Anm. 75; Fischer a. a. O., S. 258, 259; Taucher a. a. O., S. 14.

[3]) Wenn Taucher S. 14 schreibt, daß Fischer derselben Meinung sei, so beruht das wohl auf einem Irrtum, denn da Fischer den § 255 als Anwendungsfall der c. l. c. d. ansieht, so wäre doch diese analoge Anwendung, die er allerdings zugibt, auch ein Anwendungsfall der c. l. c. d.

Schollmeyer und Oertmann[1]) vertreten die Meinung, daß § 255 nur zur Anwendung kommen könne bei Ersatzleistung in Geld, weil der Berechtigte bei der Naturalherstellung ja die Ansprüche auf die wiederherzustellende Sache an den Ersatzpflichtigen abtreten müßte. Dieser Satz ist aber nur richtig, wenn es sich um eine Speziessache handelt; in dem Fall ist der obigen Ansicht ohne weiteres beizutreten. Anders steht es jedoch bei dem Verlust von Genussachen. Hier würde die Naturalherstellung doch in der Beschaffung einer Sache eben der Gattung, der die verlorene angehörte, bestehen. Und sollte da nicht der Ersatzberechtigte sehr wohl imstande sein, seine Ansprüche auf die verlorene Sache, die ihm gegen Dritte zustehen, an den Ersatzpflichtigen abzutreten? Wäre es nicht eine schwer verständliche Willkürlichkeit des Gesetzes, wenn dem Ersatzpflichtigen die Vergünstigung, die ihm bei der Schadensersatzleistung in Geld gewährt wird, bei der Ersatzleistung durch Naturalherstellung entzogen werden sollte? Ich meine, auch Folgendes spricht für die Anwendbarkeit des § 255. Als die primäre Art der Ersatzleistung wird in § 249 die Naturalherstellung angeordnet, die Ersatzleistung in Geld ist nur das Sekundäre, die Ausnahme, wenn aus besonderen Umständen die gewöhnliche Regelung nicht Platz greifen kann. Ist es denn nun wohl anzunehmen, daß § 255 über die Regel völlig hinweggehen und nur die Ausnahme berücksichtigen sollte! Deshalb ist meines Erachtens § 255 bei beiden Arten der Schadensersatzleistung zur Anwendung zu bringen.[2])

Ferner ist die Frage streitig, ob § 255 bei den Versicherungsverhältnissen zur Anwendung gelangt. Meines Erachtens ist gerade dieser Streitfrage von allen bei unserem Paragraphen auftauchenden die geringste Bedeutung beizumessen. Denn der im bürgerlichen Rechte herrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien ist wohl gerade im Versicherungsrecht am stärksten zur Geltung gekommen. Es ist doch kaum ein Versicherungsvertrag zu finden, in dem nicht neben den genau präzisierten Bedingungen und Voraussetzungen für den Eintritt der Versicherungspflicht auch die Rechte des Versicherers ge-

[1]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 48, Anm. 1 zu § 255; Oertmann a. a. O., S. 281; gleicher Ansicht Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes, II, S. 80 a.

[2]) Gleicher Ansicht Fischer, Der Schaden nach dem B. G.-B., S. 250; Taucher a. a. O., S. 20.

gen den Versicherten ausführlich klargelegt sind, und dazu wird vor allem die Pflicht des Versicherten gehören, die ihm in Bezug auf die versicherte Sache gegen Dritte zustehenden Ansprüche an den Versicherer abzutreten. Bei dem Vorhandensein einer solchen Bestimmung erübrigt es sich aber dann von selbst, § 255 überhaupt noch in Betracht zu ziehen. Der Vollständigkeit halber will ich jedoch kurz auf den Streit eingehen.

Auf das Entschiedenste sprechen sich Oertmann und Scherer[1]) für die Anwendbarkeit des Paragraphen aus. Als Begründung führt Oertmann an, daß doch die durch Vertrag übernommene Verpflichtung des Versicherers, beim Eintritt des Versicherungsfalles einen vorher im Vertrage normierten Geldbetrag zu zahlen, nichts anderes sei als die Verpflichtung zum Schadensersatze. Auch auf das Verbot der Ueber- und Doppelversicherung stützt er seine Ansicht. Denn ein solches Verbot wäre unverständlich, wenn nicht gerade die Versicherungssumme das Interesse decken sollte und aus diesem Grunde ein Hinausgehen über diesen Betrag unerlaubt sei. Das liegt doch aber vor, wenn der Versicherte die Ansprüche gegen Dritte behält.

Im Gegensatz zu diesen beiden darf nach Fischer[2]) § 255 hier nicht zur Anwendung gebracht werden. Denn er dürfe nicht auf die Fälle erstreckt werden, „in denen der Ersatz irgend eines Schadens den primären Leistungsinhalt eines Vertrages bildet.“ Ihm folgt Taucher[3]) mit der Begründung, daß die Vorschriften für die Verpflichtung zum Schadensersatze sich nur auf die eng umgrenzten gesetzlichen Tatbestände, nicht aber auf die vertragsmäßig geschaffene Verpflichtung zum Schadensersatze beziehe, da hier nur der wirklich zum Ausdruck gebrachte Parteiwille und mangels eines solchen der durch Auslegung zu ermittelnde in Betracht komme. Die Richtigkeit des letzten Satzes ist kaum zu bezweifeln, doch wird Taucher auch ohne weiteres anerkennen müssen, daß die gestzlichen Vorschriften in dem Falle doch zur Anwendung gebracht werden müssen, wenn die Parteien eben über diesen Punkt nichts bestimmt haben. Soweit will Taucher auch gar nicht gehen, den Versicherer schlechter zu stellen als einen

---

[1]) Oertmann a. a. O., S. 281, vgl. auch dessen Recht der Schuldverhältnisse, erste Auflage, S. 19, Anm. 2, zweite Auflage, S. 48, Anm. 2; Scherer, Kommentar zu § 255, No. 4; vgl. auch Crome II, S. 81 β.

[2]) Fischer a. a. O., S. 250.

[3]) Taucher a. a. O., S. 21.

anderen Ersatzpflichtigen, sondern er will nur damit sagen, daß der Versicherer die Abtretung der Ansprüche nur kraft seines Vertragsrechtes, nicht gemäß Gesetzesrecht verlangen kann. Das ist auch als richtig zuzugeben, widerlegt aber nicht unsere Ansicht, daß § 255 mangels einer vertraglichen Bestimmung subsidiär zur Anwendung kommt.[1]) Noch weniger spricht das gegen die Anwendbarkeit des § 255, wenn einmal in einem Versicherungsvertrage eine unserem Paragraphen direkt entgegengesetzte Art der Schadensersatzleistung, d. h. Ersatz ohne Abtretung der Ansprüche vereinbart wird.

Daher ist meines Erachtes der von Oertmann und Scherer vertretenen Meinung zu folgen. Allerdings ist dabei zu beachten, daß diejenigen Versicherungsverträge, die in das Gebiet der Summen- oder Lebensversicherung fallen, nicht mit § 255 in Verbindung gebracht werden können. Auch das Reichsgericht[2]) sieht „die Abtretung der Ersatzansprüche als einen Ausfluß des jetzt im § 255 B. G.-B. allgemein ausgesprochenen Prinzips, daß die Versicherung und der Ersatz von Schaden nicht zur Bereicherung des Beschädigten führen soll, der den Ersatz desselben Schadens von einem Dritten zu fordern hat," an und spricht sich ferner dahin aus, daß „die Versicherungsgesellschaft, die für die abgebrannte Sache Ersatz geleistet hat, Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruchs gegen den Brandstifter hat".

Zur Anwendung gelangt § 255 bei Schadensersatzansprüchen, und zwar ist es gleichgültig, ob die Pflicht zum Ersatze durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit entstanden ist, oder auf Gesetz oder Vertrag beruht. Im einzelnen sind hier anzuführen:[3])

1. Vertragsmäßige Schadensersatzansprüche, mag der Haftende wegen eigener schuldhafter Verletzung einer ihm obliegenden Pflicht haften oder für das Verschulden Dritter gemäß § 278 oder auch auf Grund übernommener Garantie oder gesetzlicher Sonderbestimmung — einen sehr wichtigen Fall der Ersatzpflicht wegen Verlustes

[1]) Die gleiche Ansicht spricht auch das Oberlandesgericht Colmar aus, siehe Deutsche Juristenzeitung, 1905, S. 824.

[2]) R. G. 3, S. 327; Sächs. Archiv 12, S. 723; Jur. Wochenschrift, 1902, S. 245.

[3]) Diese Zusammenstellung, die aus Oertmann a. a. O., S. 281 entnommen ist, findet sich auch bei Taucher a. a. O., S. 23.

bietet die Haftung des Gastwirtes gemäß § 701 — verantwortlich sein.

2. Ansprüche aus unerlaubten Handlungen.

3. Schadensersatzansprüche aus vertragsähnlichen Tatbeständen, z.B. Geschäftsführung ohne Auftrag; sowie aus der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 818 Absatz 4, 819, 820.

4. Auch der Eigentumsanspruch kann zu einer unter § 255 fallenden Schadensersatzpflicht führen, so nach §§ 989, 990, 992.

5. Die Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis in der angegebenen Beschränkung.

Ferner ist Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 255 der Verlust einer Sache oder eines Rechtes. Der Verlust einer Sache kann in drei Fällen vorliegen:

1. Die Sache ist völlig untergegangen oder überhaupt gänzlich vernichtet worden. Das ist auch dann anzunehmen, wenn die Trümmer noch übrig geblieben sind, die Sache selbst aber einen wirtschaftlichen Wert nicht mehr repräsentiert.[1])

2. Die Sache an und für sich ist zwar unversehrt, ihr Besitz jedoch ist dem dazu Berechtigten abhanden gekommen.[2]) Oertmann und Taucher[3]) sprechen hier von „verloren im engeren Sinne". Gegen diese Unterscheidung wendet sich Brückmann,[4]) weil entgegen der herrschenden Meinung der Sachverlust vom Besitzverlust unabhängig sei. Im Resultat aber stimmt er mit Oertmann überein.

3. Die Sache ist innerhalb der vom Gläubiger gemäß § 283 B. G.-B. gesetzten Frist von dem zur Herausgabe der Sache rechtskräftig verurteilten Schuldner nicht herausgegeben worden.

Es scheint vielleicht auf den ersten Blick in den Fällen zu 1. unmöglich, da noch Ansprüche anzunehmen, wo die Sache überhaupt nicht mehr exsistent ist. Es können aber doch Ansprüche gegen Dritte, hauptsächlich deliktischer

---

[1]) Gleicher Ansicht Crome a. a. O., S. 80; Taucher a. a. O., S. 23; Oertmann a. a. O., S. 283.

[2]) Das gilt nicht nur für bewegliche Sachen, sondern auch für Grundstücke, vgl. Schollmeyer a. a. O., S. 47, Anm. 2b; Crome a. a. O., S. 81, Anm. 77.

[3]) Oertmann a. a. O., S. 283; Taucher a. a. O., S. 24.

[4]) Brückmann im Archiv für bürg. Recht, Band 23, S. 340, Anm. 26.

Natur vorhanden sein. Es ist z. B. ein kostbarer Tafelaufsatz, den ich einem Gastwirt zur Schmückung einer Tafel geliehen habe, von den Gästen bei einem entstandenen Streit völlig zerschlagen worden. Es ist jedoch hier nicht der Platz, auf die abzutretenden Ansprüche selbst einzugehen, ich verweise dafür auf die Ausführungen in § 5.

Die unter 2. genannten Fälle dürften wegen ihres häufigen Vorkommens als die wichtigsten angesehen werden. Bei ihnen ist es gleichgültig, ob der zum Ersatz Verpflichtete als unmittelbarer Besitzer auf Grund eines Vertragsverhältnisses z. B. als Mieter, Pächter, Entleiher, oder nur als Besitzdiener z. B. als Portier oder Wächter haftet, da doch die Folge für den Berechtigten in beiden Fällen die gleiche ist, nämlich Verlust seiner Sache.[1]) Es erübrigt sich noch eine Betrachtung des Falles, daß nicht der unmittelbare Besitzer oder der Besitzdiener, sondern ein Dritter, der nicht in irgend einem Besitzverhältnis zu der Sache steht, dem mittelbar besitzenden Eigentümer Ersatz zu leisten hat. Auch hier ist meines Erachtens § 255 anzuwenden. Denn gemäß § 868 B. G.-B. ist der mittelbare Besitzer auch Besitzer, also dem unmittelbaren Besitzer gleichgestellt, damit aber auch der mittelbare Besitz dem unmittelbaren und somit auch der Verlust des mittelbar Besitzenden, d. i. der Verlust seiner tatsächlichen Gewalt dadurch, daß der unmittelbare Besitzer zur Herausgabe nicht mehr imstande ist, dem Verlust des unmittelbaren Besitzers.

In den vorliegenden Fällen ist der Ersatzberechtigte, wenn es auch im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, berechtigt, das volle Interesse zu verlangen. Darüber lassen auch die Motive gar keinen Zweifel, und diese Regelung entspricht auch ganz dem Zweck des Paragraphen, dem Ersatzberechtigten die Notwendigkeit zu nehmen, erst die unsicheren Ansprüche gegen Dritte zu verfolgen. Zum Beweise kann man sich auch darauf berufen, daß die Motive II S. 25 ausdrücklich hervorheben, an dem bisherigen Rechte solle in dieser Beziehung nichts geändert werden. Darauf stützen denn auch Schollmeyer und Oertmann,[2]) die diese Frage angeregt haben, ihre Ansicht,

[1]) gleicher Ansicht Oertmann a. a. O., S. 283 β, Taucher a. a. O., S. 27.

[2]) Schollmeyer a. a. O., S. 47, Anm. 2c; Oertmann a. a. O., S. 284.

während von allen übrigen Schriftstellern das Recht auf vollen Schadensersatz im vorliegenden Falle ohne weiteres zugebilligt wird. Daß eine derartige Regelung auch den Erfordernissen der Billigkeit im weitesten Umfange Rechnung trägt, ist leicht ersichtlich. Denn während der Geldersatz bei Unmöglichkeit der Naturalherstellung leicht zu einer Schädigung des Ersatzberechtigten führt, wird dies hier in glücklicher Weise vermieden, indem man den Wert der Sache in Geld abschätzt, nicht aber den erlittenen Schaden unter Anrechnung der dem Eigentümer zustehenden Ansprüche. Wenn man nun den vollen Wert der Sache als Ersatz zubilligt, dem Pflichtigen aber das Recht auf Abtretung der Ansprüche gegen Dritte gewährt, so erübrigt sich die leicht zu einer Schädigung des einen oder des anderen führende Abwertung dieser Ansprüche in Geld.

Es wäre nun noch zu erörtern, ob der Ersatzberechtigte, um sich die Ansprüche gegen Dritte vorzubehalten, nur das Verlustinteresse verlangen kann? Schon Oertmann[1]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß man bei Verlust einer Sache, falls man vom Ersatzpflichtigen Schadensersatz verlangen, aber auch sein Eigentum behalten will, sicherlich denselben dann auf den Restschaden belangen kann, wenn man gegen den Dritten vorgegangen ist, aber auch schon vorher wohl unter Anrechnung des Wertes seiner Ansprüche gegen den Dritten auf den um diesen Wert geminderten Schadensersatz klagen könne. Wenn nun auch die Schwierigkeit oder in den meisten Fällen die Unmöglichkeit der Berechnung dieses geminderten Schadens nicht zu verkennen ist, so darf man doch deshalb eine derartige Regelung nicht zurückweisen. Und wenn auch im § 255 gesagt ist, daß der Ersatzberechtigte sein ganzes Interesse nur gegen Abtretung seiner Ansprüche ersetzt erhält, so ist doch damit nicht ausgedrückt, daß er nicht statt des ganzen Interesses das um den Wert seiner Ansprüche geminderte Interesse verlangen darf.

Ebenfalls spricht sich Schollmeyer[2]) dafür aus, daß der Ersatzberechtigte unter Vorbehaltung seiner Ansprüche gegen den Dritten Ersatz des Schadens verlangen kann, der dadurch entsteht, daß die Sache ihm nicht rechtzeitig gewährt werden kann.[3])

[1]) Oertmann a. a. O., S. 279, 280.

[2]) Schollmeyer a. a. O., Anm. 2 c zu § 255, S. 48.

[3]) vgl. auch die meines Erachtens zutreffende Begründung aus § 249 B. G.-B. bei Taucher S. 26.

Wie steht es nun mit den unter 3. erwähnten Fällen? Schollmeyer,[1]) Planck, Fischer und Oertmann gewähren beim Vorliegen des § 283 dem Ersatzpflichtigen das Recht aus § 255. Allerdings hebt der letztere hervor, daß in den weitaus meisten Fällen des § 283 eine Abtretung der Ansprüche gegen einen Dritten unmöglich sein wird. Denn da bei der hier vorliegenden „fingierten Unmöglichkeit" dem Schuldner selbst die Sache noch gehört oder er sie im Besitz hat, so verbietet sich von selbst eine Abtretung der Ansprüche gegen Dritte, weil solche überhaupt nicht vorhanden sind. Das ist allerdings als billig anzunehmen, dem Ersatzpflichtigen ein Recht auf Abtretung der Ansprüche zu gewähren, wenn fingiertes und tatsächliches Unvermögen vorliegen. In diesem Falle sind Ansprüche gegen Dritte vorhanden, es sind z. B. durch das Verschulden des Verwahrers oder Entleihers die anvertrauten oder entliehenen Sachen in die Hände eines Dritten gelangt. Hier ergibt sich die Zweckmäßigkeit der Anwendung des § 255, und soweit könnte man die Ansicht der oben angegebenen Schriftsteller gelten lassen.

Ich möchte jedoch eine Anwendung des § 255 auf den Fall der fingierten Unmöglichkeit ablehnen. Der Zweck des § 283 ist, dem Gläubiger ein Mittel in die Hand zu geben, einer Verzögerung der ihm zugesprochenen Leistung zu begegnen; allerdings verliert er nach vergeblichem Ablauf der Frist auch seinen Anspruch auf die Leistung und kann nur noch Schadensersatz fordern. Hier wirkt in gewisser Beziehung ein Willensmoment des Schuldners mit, dem mehr als dem Gläubiger ein Wahlrecht zugebilligt wird, den Inhalt seiner Leistung zu bestimmen. Anders aber steht es mit dem rechtskräftigen Urteil des Eigentümers auf Herausgabe seiner Sache. Es kommt hier der Wille des Verurteilten überhaupt nicht in Betracht, und eine Verzögerung kann gar nicht eintreten, brauchte vom Gesetzgeber also auch nicht berücksichtigt zu werden. Denn der Eigentümer ist, sogar ganz gegen den Willen des Verurteilten imstande, durch unverzügliche Vollstreckung die Verwirklichung seines Rechtes herbeizuführen. Deshalb ist meines Erachtens hier kein Raum für die Anwendung des § 283 B. G.-B.[2]) Ferner ist zu berücksichtigen, daß in den Fällen, wo die Abtretung der An-

[1]) Schollmeyer a. a. O., S. 47, Anm. 2 a zu § 255; Planck a. a. O., S. 27, No. 1; Oertmann a. a. O., S. 285; Fischer a. a. O., S. 250.

[2]) vgl. Tauchor a. a. O., S. 28, 29.

sprüche zweckdienlich erscheint, nicht nur eine fingierte Unmöglichkeit vorliegt, sondern der Schuldner tatsächlich zur Leistung außerstande ist, also noch eine subjektive oder objektive Unmöglichkeit hinzutritt, die Anwendung des § 255 sich also deshalb rechtfertigt, weil ein unter 1. oder 2. angeführter Fall vorliegt. Aus diesen Gründen ist die Anwendbarkeit des § 255 bei den Fällen des § 283 zu leugnen.

Unser Paragraph gelangt ferner zur Anwendung bei Verlust eines Rechtes. Man kann hierbei zuerst daran denken, daß nicht das Recht selbst, sondern die Sache, an der das Recht besteht, nach Maßgabe der früheren Ausführungen als verloren betrachtet werden muß. Daß § 255 so extensiv zu interpretieren ist, darüber herrscht kein Zweifel. Als die hauptsächlichsten Beispiele dafür führe ich den Pfandgläubiger und Nießbraucher an, die den in dem Untergang oder dem Abhandenkommen der ihrem Recht unterliegenden Sache bestehenden Verlust ihres Rechtes zu betrauern haben. Verlangen diese Schadensersatz, so haben sie an den Ersatzpflichtigen ihre actio pigneraticia oder ihre actio confessoria abzutreten, selbstverständlich unbeschadet ihrer Abtretungspflicht hinsichtlich der ihnen in Bezug auf die Sache zustehenden obligatorischen Ansprüche.

Gleichgültig ist es hierfür, ob man den Besitz für ein Recht oder nur für ein rein tatsächliches Verhältnis ansieht, man muß die Anwendbarkeit des § 255 doch zulassen, sei es wie Oertmann[1]) im Wege der Analogie, sei es, indem man von der rechtlichen Natur des Besitzes gänzlich abstrahierend sich darauf stützt, daß das Recht zum Besitz, also der Anspruch aus früherem Besitz verloren oder entwertet ist, wie es Taucher[2]) tut.

Wir kommen nun zu dem Fall, den der Wortlaut des Gesetzes auch nur berücksichtigt, daß das Recht selbst, nicht die Sache, an der es besteht, verloren, d. h. untergegangen oder völlig entwertet ist.[3]) Schollmeyer[4]) will den § 255 nur bei dem Verlust von dinglichen Rechten angewandt wissen, ohne jedoch irgend eine Begründung zu

[1]) Oertmann a. a. O., S. 304.

[2]) Taucher a. a. O., S. 31.

[3]) Als Beispiel führt Oertmann den Fall an, daß der Verwalter eines Vermögens mit der Geltendmachung einer Forderung so lange wartet, bis der Anspruch verjährt, oder der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist.

[4]) Schollmeyer a. a. O., S. 47, Anm. 2 b zu § 255.

geben. Es ist meines Erachtens auch nicht erfindlich, warum plötzlich § 255 eine seiner ganzen sonstigen Natur widersprechende Beschränkung erfahren sollte; übrigens wird diese Meinung auch nirgends sonst in der einschlägigen Literatur vertreten. Die Anwendbarkeit auf den Verlust von obligatorischen Rechten ist also ohne weiteres anzunehmen.

Oertmann[1]) billigt nun zwar dem Ersatzpflichtigen einen Anspruch auf Abtretung zu, leugnet aber doch die Anwendbarkeit des § 255. Denn es würde hier nicht „der dem Ersatzberechtigten auf Grund des verlorenen Rechtes zustehende Anspruch gegen einen Dritten, sondern das verlorene, besser: entwertete Recht selbst abgetreten". Meines Erachtens geht Oertmann mit seinem Bedenken hier zu weit. Es liegt wohl nur eine Ungenauigkeit des Gesetzes vor, und hat man deshalb eine Abtretung von Ansprüchen auf Grund des verlorenen Rechtes überhaupt nicht wörtlich zu nehmen.[2])

Schon der leitende Gedanke unseres Paragraphen, der bei Verlust einer Sache dem Berechtigten vollen Ersatz gegen Abtretung der Ansprüche gewährt, um ihn selbst der in vielen Fällen schwierigen Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Dritten zu entheben, zwingt auch hier zur Anwendung des § 255. Denn ebenfalls bei Verlust des Rechtes muß man doch dem Berechtigten die Möglichkeit gewähren, den vollen Wert des verlorenen Rechtes als Ersatz zu bekommen, um dann durch die Abtretung des Rechtes der vielleicht aussichtslosen, sicher aber sehr mühevollen Verfolgung seines Rechtes gegen den Dritten selbst enthoben zu sein.[3])

Es ist also auch bei Verlust eines Rechtes, sowohl eines dinglichen, als auch eines persönlichen eine Pflicht zur Abtretung der Ansprüche gegen Dritte, auch sogar des entwerteten Rechts selbst gemäß § 255 begründet.[4])

---

[1]) Oertmann a. a. O., S. 305.

[2]) Darauf macht mit Recht Crome aufmerksam a. a. O., S. 81, Anm. 81.

[3]) vgl. auch Taucher a. a. O., S. 32, der meines Erachtens eine recht treffende Begründung gibt.

[4]) Derselben Ansicht: Fischer a. a. O., S. 259; Planck II, S. 28, Anm. 2; Cosack a. a. O., Band 1, S. 331, Anm. 7; Dernburg, Bürgerliches Recht, Band 2, Abt. 1, S. 87 II; Staudinger a. a. O., S. 19, Anm. 6.

§ 5. Gegenstand.

Welche Ansprüche sind es, deren Abtretung der Ersatzpflichtige verlangen kann? — Vor allem gehört hierher der Eigentumsanspruch gemäß § 985 B. G.-B., ebenso der Abholungsanspruch aus § 1005. Auch der Anspruch aus früherem Besitz gemäß § 1007 ist hierher zu zählen. Daß der Anspruch aus § 1004 — die actio negatoria — kaum in Betracht kommen kann, ist mit Oertmann,[1]) Fischer und Taucher als richtig anzunehmen. Denn ich kann es mir nicht vorstellen, daß die actio negatoria, da § 255 Verlust der Sache voraussetzt, außerdem noch gegen einen Dritten zustehen sollte. Eine weitere Erörterung hierüber ist nicht erforderlich.

Ferner sind die dem Eigentümer gemäß § 989 B. G.-B. zustehenden Ansprüche auf Schadensersatz abzutreten. Zum Beweise dafür berufe ich mich darauf, daß sie vom Gesetz selbst unter die Ansprüche aus dem Eigentum gerechnet werden und eine Trennung dieser Ansprüche von dem reinen Eigentumsanspruch zu einem wirklich lächerlichen Ergebnis führen würde.[2])

Es ist daran festzuhalten, daß der Abtretungspflicht aus § 255 nur die Ansprüche unterliegen, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der verlorenen Sache oder dem verlorenen Recht zustehen.[3]) Daß der Anspruch gegen den Staat aus unschuldig erlittener Strafe oder Untersuchungshaft auf Grund der Gesetze vom 20. V. 1898 und 14. VII. 1904 nicht hierher gehört, ist selbstverständlich und hätte meines Erachtens durch Kähler [4]) keiner besonderen Hervorhebung bedurft. Denn nicht um Verlust eines Rechtes handelt es sich hierbei, sondern nur um Verletzung eines Rechtsgutes, nämlich der Freiheit, und es steht ja auch der Anspruch nicht zu auf Grund des Rechtes der Freiheit, sondern ex lege. Diese Ansprüche brauchen aber nicht nur dingliche zu sein, es können auch obligatorische, und zwar vor allem Ersatzansprüche wegen

---

[1]) Oertmann a. a. O., S. 286; Fischer a. a. O., S. 255; Taucher a. a. O., S. 34.

[2]) Derselben Ansicht Oertmann a. a. O., S. 286.

[3]) vgl. auch R. G. 04, S. 251, No. 1134.

[4]) Kaehler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft, S. 41.

unerlaubter Handlungen sein.[1]) Jedoch ist ausdrücklich hervorzuheben, daß solche Ersatzansprüche, die dem Berechtigten aus einem besonderen in Beziehung auf die Sache abgeschlossenen Rechtsverhältnis zustehen, der Abtretungspflicht nicht unterliegen.[2]) Das hauptsächlichste Beispiel hierfür sind die dem Berechtigten gegen die Versicherungsgesellschaft zustehenden Ersatzansprüche.[3]) Die Gegenansicht, daß diese Ansprüche abzutreten sind, vertritt nur Weyl.[4]) Nach ihm ist es eine Forderung der Gerechtigkeit, dem Schadensersatz leistenden Ersatzpflichtigen alle sonstigen dem Berechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche, z. B. gegen eine Versicherungsgesellschaft, zu gewähren. Es ist doch aber unzweifelhaft der kontraktliche Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft nicht ein aus dem Eigentum resultierender Anspruch. Ferner vermag ich den Gedanken nicht mit meinem Gerechtigkeitsgefühl in Einklang zu bringen, daß der Ersatzberechtigte die Pflicht haben sollte, seine Ansprüche gegen die Versicherungsgesellschaft dem deliktischen Ersatzpflichtigen, z. B. dem Diebe abzutreten!

Die in Betracht kommenden obligatorischen Ansprüche sind zu scheiden in kontraktliche und deliktische. Betreffs der Kontraktsansprüche verweise ich auf die ausführliche Erörterung bei Taucher S. 35 und 36. Ohne weiteres scheiden diejenigen Ansprüche aus, die gemäß § 399 B. G.-B. nicht abgetreten werden dürfen, ferner auch diejenigen, die in gar keiner Beziehung zu der Schadensersatzleistung stehen und deren Nichtabtretung aus diesem Grunde nie eine Bereicherung des Ersatzberechtigten zur Folge haben kann.

Daß die deliktischen Ansprüche der Abtretungspflicht aus § 255 unterliegen, ergibt sich aus § 823. Wie schon erwähnt, betrifft § 255 nur die auf Grund des Eigentums zustehenden Ansprüche. Da durch die vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Verletzung des Eigentums ein Schadensersatzanspruch entsteht, so muß man diesen An-

[1]) So übereinstimmend Kipp bei Windscheid a. a. O., Band II, S. 62; Schollmeyer a. a. O., S. 47, Anm. 3 zu § 255; Oertmann, S. 286; Dernburg, Bürgerliches Recht, Band II, Abt. 1, S. 46 b; Taucher a. a. O., S. 35.

[2]) Uebereinstimmend Kipp a. a. O., S. 62; Oertmann a. a. O., S. 288; Taucher, S. 39.

[3]) vgl. auch O. L. G., Stuttgart in den Jahrbüchern für Württembergische Rechtspflege, 17, 170/71.

[4]) Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch, Band 1, S. 328.

spruch auch zu den auf Grund des Eigentums zustehenden rechnen. Daran braucht man keinen Anstoß zu nehmen, daß nicht das Eigentum, sondern erst die Verletzung desselben den Anspruch zur Entstehung bringt, da doch auch bei den dinglichen Eigentumsansprüchen eine Verletzung des nur als causa remota der Ansprüche zu betrachtenden Eigentums erforderlich ist. Es ist allerdings auch schon in der Erlangung des Besitzes durch einen Nichtberechtigten eine Verletzung des Eigentums zu erblicken. Wie sonderbar wäre auch das Ergebnis, zu dem man mit der Gegenmeinung gelangen würde! Stehen dem Berechtigten dingliche und obligatorische Ansprüche gegen einen Dritten zu, was etwa möglich ist, wenn der Dritte die Sache weggenommen und noch im Besitz hat, so müßte er dem Ersatzpflichtigen zweifellos den Eigentumsanspruch abtreten, könnte sich jedoch den Schadensersatzanspruch vorbehalten.[1]) Es würde dies meines Erachtens nur zu einer unerquicklichen Prozeßhäufung führen und auch dem Ersatzberechtigten, mag nun der Streit gemäß § 64 C. P. O. im Wege der Hauptintervention oder gemäß § 75 C. P. O. im Wege der Forderungsprätendentenklage ausgefochten werden, leicht einen pekuniären Nachteil bringen, da er als der Schwächere dem Eigentumsanspruch des Ersatzpflichtigen gegenüber die Kostenlast zu tragen hätte. Danach ist gegen die Subsumierung der deliktischen Schadensersatzansprüche unter die Abtretungspflicht des § 255, zumal da das Gesetz sich nicht ausdrücklich dagegen ausspricht, wohl kaum etwas Stichhaltiges einzuwenden.

Es können nun die Fälle eintreten, daß dem Ersatzberechtigten mehrere Personen für denselben Schaden haften, entweder als Gesamtschuldner gemäß § 831 ff B. G.-B., oder aus gemeinschaftlich begangener unerlaubter Handlung, oder der eine aus unerlaubter Handlung, der andere auf Grund eines Vertrages.

Auf die an erster und zweiter Stelle erwähnten Fälle, die in den §§ 426 und 840 B. G.-B. genau geregelt sind, glaube ich nicht näher eingehen zu müssen, ich verweise nur auf die eingehenden Ausführungen bei Oertmann a. a. O., S. 288 ff. Von größerer Bedeutung für unsere Abhandlung ist das Verhältnis des Vertragsschuldners zu dem Deliktsschuldner.

Daß unser Gerechtigkeitsgefühl verlangt, die endgül-

[1]) gleicher Ansicht Oertmann a. a. O., S. 287.

tige Tragung des Schadens dem deliktischen Ersatzpflichtigen aufzubürden, unterliegt wohl kaum einem Zweifel. Deshalb kann der ersatzpflichtige Vertragsschuldner, auf Ersatz belangt, stets Abtretung der Ansprüche gegen den ebenfalls ersatzpflichtigen Deliktsschuldner verlangen.[1]) Denn während den Vertragsschuldner nur Fahrlässigkeit trifft, liegt bei dem Deliktsschuldner doch eine wirkliche Rechtswidrigkeit vor. Eine Abtretung der Ansprüche gegen den Vertragsschuldner an den Ersatz leistenden Deliktsschuldner ist dagegen meines Erachtens in Uebereinstimmung mit Oertmann und Taucher entschieden abzulehnen. Stände es nicht im schroffen Gegensatze zu Recht und Billigkeit, wenn auf diese Weise der Dieb oder der Räuber von seiner civilrechtlichen Ersatzpflicht frei würde und auf dem doch verhältnismäßig viel weniger schuldigen Vertragsschuldner die drückende Last der Ersatzpflicht hängen bliebe! Auch das Oberlandesgericht Colmar vertritt diesen Standpunkt,[2]) indem es dem Schädiger nicht das Recht zubilligt, zu verlangen, daß der Verletzte seine Befriedigung zunächst bei der Versicherungsgesellschaft suche oder ihm die Ansprüche gegen diese abtrete, dagegen der Versicherungsgesellschaft das Recht auf Abtretung des Entschädigungsanspruches, sei es nun auf Grund des Versicherungsvertrages oder nach § 255, gewährt.

Diese verschiedene Behandlung ergibt sich unmittelbar aus den Worten des § 255. Es ist immer wieder zu betonen, daß der Abtretungspflicht nur die auf Grund des Eigentums zustehenden Ansprüche unterliegen, zu denen wir auch nach den obigen Ausführungen die deliktischen Ansprüche aus § 823 zu zählen haben. Es kann doch nun aber auf keinen Fall behauptet werden, daß der dem Berechtigten gegen den Vertragsschuldner zustehende Ersatzanspruch zu den auf Grund des Eigentums zustehenden zu zählen ist, denn es ist doch nicht das Eigentum, sondern nur die Vertragspflicht verletzt. Demgemäß kann eine Abtretung der vertraglichen Ersatzansprüche an den Deliktsschuldner gemäß § 255 überhaupt nicht in Frage kommen.[3])

Wie ist nun das rechtliche Verhältnis zwischen dem Vertrags- und Deliktsschuldner? Man hat daran gedacht,

[1]) vgl. auch Oertmann a. a. O., S. 292; Taucher a. a. O., S. 39 und 40.

[2]) Deutsche Juristenzeitung, 1905, S. 824.

[3]) gleicher Ansicht Oertmann a. a. O., S. 292.

nach Analogie des Bürgen den Vertragsschuldner nur als Nebenverpflichteten anzusehen, allerdings mit dem Unterschiede, daß hier nicht wie bei der Bürgschaft die Ansprüche kraft Gesetzes übergehen, sondern es erst der Abtretung bedarf. Jedoch eine Begründung dieser Ansicht kann ich ebensowenig wie die andern erbringen. Auch als Gesamtschuldverhältnis des B. G.-B. ist das vorliegende Verhältnis nicht anzusehen, da es nicht auf die im Gesetz genau vorgeschriebene Art entstanden ist und auch die gesetzlichen Vorschriften der §§ 426 und 840 B. G.-B. nicht zur Anwendung gebracht werden können, um den gewünschten Erfolg zu erzielen. Von einigen Schriftstellern wird das vorliegende Verhältnis als unechte Solidarität bezeichnet. Aber auch in diesem Falle darf der Gläubiger nur einmal die Leistung fordern und erlöschen durch die Leistung von Seiten eines der Verpflichteten auch die Ansprüche gegen die übrigen. Wenn dem aber so ist, dann tilgt die Leistung des Kontraktsschuldners auch den Anspruch gegen den Deliktsschuldner und umgekehrt. Wir kämen also eventuell zu dem schon abgelehnten Ergebnis, daß der Vertragsschuldner den Ersatz leisten muß, wenn er zuerst belangt wird, und keine Abtretung des Anspruches gegen den Deliktsschuldner verlangen kann, da durch die Leistung des Vertragsschuldners der Anspruch gegen den Deliktsschuldner ja doch auch erloschen ist.

Die Ausführungen, die Oertmann macht,[1]) um nachzuweisen, daß die beiden Ersatzansprüche durch Leistung von Seiten des Deliktsschuldners erlöschen, durch Leistung von Seiten des Vertragsschuldners aber der Deliktsanspruch noch bestehen bleibt und deshalb abgetreten werden kann an den Vertragsschuldner gemäß § 255, sind meines Erachtens nicht geglückte Versuche, das in Anlehnung an das Römische Recht gewünschte und zweifellos als richtig anzusehende Ergebnis irgend wie zu begründen.

Wir suchen in unserem Gesetzbuch vergeblich eine Regelung dieser vorliegenden Konkurrenz zwischen Vertrag und Delikt. Im § 338 des ersten Entwurfs war zwar das fragliche Verhältnis folgendermaßen geregelt: „Haften mehrere als Gesamtschuldner für Schadensersatz aus einer widerrechtlichen Handlung, so steht demjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, ein Ersatzanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner nicht zu," — von der Kommission für die Lesung des zweiten Entwurfs

[1]) Oertmann a. a. O., S. 293 und 294.

wurde dieser Paragraph aber gestrichen. Die Begründung ersehen wir aus den Protokollen S. 440: „Die Vorschrift entspreche, soweit ein Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren Gesamtschuldnern in Frage stehe, welche sämtlich vorsätzlich gehandelt haben, jedenfalls den modernen Rechtsanschauungen nicht. Die Fälle einer Konkurrenz von Vorsatz und Fahrlässigkeit seien überdies selten und in den praktisch wichtigsten Fällen dieser Art, nämlich dann, wenn jemand für den durch das vorsätzliche Vorgehen eines anderen zugefügten Schaden wegen Vernachlässigung der ihm obliegenden Aufsichtspflicht hafte, sei nach besonderer Vorschrift im Verhältnisse der Schuldner unter einander der andere allein verpflichtet." — Es sind müßige Fragen, ob das Gesetz auf die eine oder andere Art eine zweckmäßigere Regelung hätte treffen können. Jedenfalls müssen wir die vorhandene Lücke vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit auszufüllen suchen.

Ich halte die Ansicht von Fischer [1]) für ganz annehmbar, daß für den Cessionar das für den Cedenten erloschene Recht von neuem, um einen Ausgleich zu ermöglichen, wieder entsteht. So kann dann gemäß § 404 B. G.-B. der von dem Deliktsschuldner auf Ersatz belangte Kontraktsschuldner mit Erfolg einwenden, daß er durch die Leistung des Deliktsschuldners befreit sei. Umgekehrt dagegen muß diese Einrede dem Deliktsschuldner verweigert werden, ohne daß sich jedoch für die verschiedene Behandlung eine juristische Rechtfertigung finden läßt. [2])

Im Hinblick auf das Römische Recht regt Oertmann [3]) die Frage an, ob nicht unter bestimmten Voraussetzungen eine vorherige Ausklagung des Deliktsschuldners der Belangung des Kontraktsschuldners vorausgehen müsse. Voraussetzung ist, daß der Deliktsschuldner bekannt ist, verklagt werden kann, auch die Sache sich noch bei ihm befindet. Da ein solcher Fall wohl aber höchst selten eintreten wird, so entbehrt diese Frage meines Erachtens jeder praktischen Bedeutung. Sollte allerdings einmal ein solcher Fall vorliegen, dann könnte der Vertragsschuldner wohl eine vorherige Ausklagung des Deliktsschuldners auf Grund der §§ 226 und 242 B. G.-B. herbeiführen. [4])

Es erübrigt sich nur noch, die abzutretenden An-

[1]) Fischer a. a. O., S. 108 und 114.

[2]) gleicher Ansicht Taucher, S. 42 und 43; dasselbe Ergebnis auch bei Oertmann a. a. O., S. 293 ff.

[3]) Oertmann a. a. O., S. 295 und 263.

[4]) vgl. auch die Ausführungen für das Römische Recht, S. 13.

sprüche bei der Schadensersatzleistung für den Verlust eines Rechtes zu berücksichtigen. Abzutreten sind das Recht selbst, für dessen Verlust die Ersatzpflicht eintritt, und dann analog den bei Verlust einer Sache geltenden Bestimmungen die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen. Diese treten aber doch mehr zurück, und es wird eigentlich nur das Recht selbst als Gegenstand der Abtretung in Betracht kommen.

§ 6. Geltendmachung des Anspruchs auf Abtretung.

Wie schon nachgewiesen ist, findet nicht ein gesetzlicher Uebergang der Ansprüche des Eigentümers mit der Ersatzleistung statt, sondern der Ersatzpflichtige hat nur ein Recht auf Abtretung. Wie kann der Schuldner sein Recht geltend machen?

In der Literatur hat man sich damit eingehend beschäftigt. Der Schwerpunkt dieser ganzen Frage liegt darin, ob der Schuldner noch nachträglich die Abtretung der Ansprüche verlangen kann, wenn er ohne Abtretung vollen Schadensersatz geleistet hat. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber. Die eine läßt auch eine nachträgliche Abtretung der Ansprüche zu; hauptsächlich wird sie vertreten von Staudinger, Planck, Oertmann, Dernburg.[1]) Anhänger der Gegenmeinung sind vor allem Schollmeyer und Endemann.[2])

Nach Schollmeyer hat die Leistung des Schadensersatzes Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche zu erfolgen. Die nachträgliche Abtretung der Ansprüche sei wegen der Fassung des § 255 nicht zulässig, da nur ein Anwendungsfall des im § 273 geregelten Zurückbehaltungsrechts vorliege und der Schuldner ja kein Recht habe,

---

[1]) Staudinger, Kommentar, S. 19, Nr. 3 und 4; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch II, S. 28, Anm. zu § 255; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, erste Auflage, S. 19, No. 3, zweite Auflage S. 48, No. 3, und die Vorteilsausgleichung, S. 296—298; Dernburg, Das bürgerliche Recht II, Abt. 1, S. 86, No. 2 d; vgl. auch Matthiaß Lehrbuch I, S. 349; Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht I, S. 410; Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, S. 139, Anm. zu § 255; Cretschmar, Das bürgerliche Recht, S. 78, Anm. zu § 255; Taucher a. a. O., S. 56—61.

[2]) Schollmeyer a. a. O., S. 49, Anm. 4 zu § 255; Endemann, Lehrbuch Band 1, S. 730.

den Gläubiger auf Abtretung der Ansprüche zu verklagen gegen Anbietung der Schadensersatzleistung.

Ich glaube, dieser von Schollmeyer und Endemann vertretenen Meinung ist nicht zu folgen. Denn wenn auch der von Schollmeyer aufgestellte Satz völlig richtig ist, daß der Ersatzpflichtige den Ersatzberechtigten nicht auf Abtretung der Ansprüche gegen das Erbieten zur Schadensersatzleistung verklagen kann, so kann das meines Erachtens für unsere Frage nicht ausschlaggebend sein. Denn während durch Zulassung einer solchen Klage sicherlich das Wahlrecht des Gläubigers zu nichte gemacht würde, kann die Gewährung einer Klage auf nachträgliche Abtretung der Ansprüche das doch schon ausgeübte Wahlrecht nicht mehr verletzen.[1]) Auch könnte das Ergebnis, das man dieser Meinung folgend erhalten würde, wohl kaum befriedigen. Denn der Ersatzberechtigte, dem voller Schadensersatz gezahlt ist, hat ja in vielen Fällen gar keine Veranlassung, sich darum zu bekümmern, wie er die Sache wiedererlangen kann, zumal wenn er jetzt keine Verwendung mehr für die Sache hat. Man denke z. B. daran, daß er sich für die verlorenen Hemden andere angeschafft hat. Da er dieselben doch, falls er sie wiedererlangt, an den Ersatzpflichtigen herausgeben wird, da sie ja jetzt für ihn ohne Wert sind, oder doch, falls er sie behalten will, mindestens den geminderten Schadensersatz zurückzahlen muß, so wird er die Umstände und Mühen, die mit der Wiedererlangung verknüpft sind, scheuen und die Sachen lieber bei dem Dritten lassen. Infolgedessen findet eine Bereicherung des Dritten auf Kosten des Ersatzpflichtigen statt, der ja kein Mittel hat, um die Sachen von dem Dritten herauszubekommen. Da doch aber die Tendenz des § 255 dahin geht, eine Bereicherung des Ersatzberechtigten zu vermeiden und infolgedessen doch auch eine solche des Ersatzpflichtigen, wie sollte das Gesetz da eine Bereicherung eines Dritten, die doch so naheliegt, zuzulassen geneigt sein!

Meines Erachtens verdient die gegenteilige Meinung den Vorzug. Der § 255 verpflichtet denjenigen, der für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen. Der Ersatzpflichtige kann also die Abtretung

[1]) gleicher Ansicht Oertmann, die Vorteilsausgleichung, S. 297.

verlangen, d. h. er hat einen Anspruch auf Abtretung, B. G.-B. § 194, allerdings nicht schlechthin, sondern nur bedingt, wenn er nämlich den vollen Schadensersatz leisten muß. Denselben Gedanken, daß der Ersatzpflichtige auf Grund des § 255 B. G.-B. die Abtretung der Ansprüche verlangen, im Notfall erzwingen kann, spricht auch Crome [1]) aus. Diesen Anspruch kann der Ersatzpflichtige auch im Wege der Retention geltend machen, das will der § 255 durch seine Fassung zum Ausdruck bringen. Handelt es sich doch hier nur um eine Verpflichtung zu einer Zug um Zug zu erfüllenden Leistung, also um einen Spezialanwendungsfall des in den §§ 273 und 274 B. G.-B. geregelten Retentionsrechtes, wie ein solches auch besonders in den §§ 320—322 B. G.-B. behandelt ist. Und im § 320 handelt es sich doch sicherlich um ein Leistungsverweigerungsrecht, das nicht nur durch Retention geschützt ist, sondern um ein solches, dem ein Anspruch zu Grunde liegt, der auch im Wege der Klage geltend gemacht werden kann. Da nun die Tendenz des § 255 dahin geht, den Ersatzpflichtigen, soweit es mit den Interessen des Ersatzberechtigten vereinbar ist, zu schützen, so kommt es mir unwahrscheinlich vor, daß der Gesetzgeber dem Pflichtigen eine so schwache Wehr, als die sich ein bloßes Zurückbehaltungsrecht doch darstellt, in die Hand gegeben hat. Denn es würde leicht eine Benachteiligung des Pflichtigen durch eine so eng gefaßte Vorschrift herbeigeführt werden, und damit würde das Gesetz sich doch selbst widersprechen. Auch aus § 255 entnehmen wir gemäß seiner Tendenz, daß hier dem Ersatzpflichtigen ein Anspruch gewährt wird, der auch, aber nicht nur durch Retention geschützt ist. Auch ist die Fassung des Gesetzes wohl dadurch veranlaßt, um zum Ausdruck zu bringen, daß der Ersatzpflichtige nur einen bedingten Anspruch auf Abtretung hat, nämlich wenn der Ersatzberechtigte den Schadensersatz verlangt. Aus den vorliegenden Ausführungen ergibt sich meines Erachtens ohne Zweifel, daß die von Schollmeyer und Endemann verteidigte Ansicht, der § 255 gewähre dem Ersatzpflichtigen nur ein Retentionsrecht, nicht überzeugen kann.

Hat nun der Ersatzpflichtige den Ersatz geleistet, ohne sich die Ansprüche abtreten zu lassen, so kann er mithin seinen Anspruch auf Abtretung auch klageweise geltend machen, da ja die Bedingung für den Anspruch, nämlich

[1]) Crome, a. a. O., II. S. 83.

die Ersatzleistung des Schadens eingetreten ist. Damit steht auch meines Erachtens die Ansicht des Reichsgerichts,[1]) daß das dem Ersatzpflichtigen in § 255 eingeräumte Recht wesentlich ein Retentionsrecht sei, welches erst mit der Ersatzleistung in Wirksamkeit trete, nicht in Widerspruch. Denn das Reichsgericht verweist auf Dernburg, bürgerliches Recht, und Planck, Kommentar zum B. G.-B., die doch beide, wie wir schon gesehen haben, ausdrücklich eine nachträgliche Erzwingung der Abtretung der Ansprüche zulassen, und sagt nur „w e s e n t l i c h ein Retentionsrecht". Daher ist doch anzunehmen, daß auch nach dem Reichsgericht eine nachträgliche klageweise Geltendmachung des Anspruchs auf Abtretung zulässig ist. Und zwar kann er diesen Anspruch auf nachträgliche Abtretung der Ansprüche geltend machen mit einer Klage aus § 255. Dasselbe scheint mir auch Planck[2]) im Auge zu haben, wenn er ausführt, daß die Tendenz des § 255 dahin gehen dürfte, dem Ersatzpflichtigen sofort einen Anspruch auf nachträgliche Abtretung der dem Eigentümer zustehenden Ansprüche zu gewähren.

Aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung dem Ersatzpflichtigen hier eine Klage zu geben auf den geleisteten Schadensersatz scheint mir nicht angängig. Wie wollte man auch eine derartige Klage begründen? Schollmeyer[3]) gibt unter Umständen die condictio causa data causa non secuta aus § 812, Abs. 1 B. G.-B. Diese Condictio wird aber nur in den seltenen Fällen helfen, bei denen man nämlich zu dem Zwecke geleistet hat, daß die Ansprüche abgetreten werden. Und auch mit der condictio indebiti, der Klage aus § 813 B. G.-B., weil dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, kann der Pflichtige den geleisteten Ersatz nicht zurückfordern. Denn die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes ist keine peremtorische, sondern wie aus § 202 B. G.-B. ersichtlich eine dilatorische, was auch Schollmeyer, Oertmann und Endemann zutreffend bemerken[4]) allerdings scheint Endemann Oertmann mißverstanden zu haben. Denn Oertmann beruft sich zwar in seinem Kom-

[1]) R. G., Band 59, S. 371.

[2]) Planck a. a. O., S. 28, Anm. zu § 255.

[3]) Schollmeyer a. a. O., S. 49, Anm. 4 zu § 255.

[4]) Schollmeyer a. a. O., S. 49, Anm. 4 zu § 255; Oertmann, die Vorteilsausgleichung, S. 297; Endemann a. a. O., S. 730, Anm. 40.

mentar auf Planck,[1]) dieser gibt doch aber gar nicht die condictio aus § 813 in diesem Falle, sondern er will doch wie schon erörtert eine Klage aus § 255 auf nachträgliche Abtretung gewähren.

Es ist also ein Anspruch auf nachträgliche Abtretung der Ansprüche des Eigentümers gegen den Dritten als im Sinne des § 255 liegend, wie in unseren Ausführungen nachgewiesen ist, zuzulassen, jedoch mit der Einschränkung, daß auch hier § 255 nicht gegen den Eigentümer auszulegen ist und man ihm die Wahl lassen muß, statt der Abtretung den Schadensersatz zu mindern und seine Ansprüche gegen Dritte selbst zu verfolgen.

§ 7. Wirkung der Abtretung.

Darüber kann wohl kein Streit herrschen, daß durch die Abtretung obligatorischer Ansprüche der Schadensersatz leistende Schuldner zum Gläubiger der abgetretenen Ansprüche wird.[2]) Bei der Abtretung dinglicher Ansprüche herrscht jedoch Streit über die Wirkung. Zwar bestimmt das B. G.-B. im § 931, daß das Eigentum an einer bei einem Dritten befindlichen beweglichen Sache im Wege der cessio vindicationis auf den Cessionar übertragen werden kann, jedoch ist nicht nur diese cessio vindicationis erforderlich, sondern vor allem der animus dominii transferendi et accipiendi. Ob bei der Abtretung der Ansprüche aus § 255 Eigentum auf den Ersatzpflichtigen übergeht, ist von vielen Schriftstellern behandelt worden. Cosack [3]) spricht sich dahin aus, daß mit der Abtretung der Ansprüche, nicht jedoch schon mit der Leistung des Schadensersatzes das Eigentum an der Sache auf den Pflichtigen

[1]) Planck a. a. O., S. 28, Anm. zu § 255.

[2]) Die Wirkungen der Abtretung sind näher bestimmt in den §§ 398—413, B. G.-B., bedürfen aber, da für unsere Untersuchung belanglos, keiner näheren Erörterung. Ferner halte ich eine Untersuchung der Richtigkeit des von Oertmann, S. 300, und diesem folgend, von Taucher, S. 44 aufgestellten Satzes, daß die Wirkungen der Abtretung nicht deshalb aufgeschoben werden, weil die Abtretung vor Zahlung der Ersatzsumme erfolgt ist, im Hinblick auf die Motive für überflüssig.

[3]) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, Band 1, S. 331.

übergeht. In gleicher Weise läßt Planck[1]) in analoger Anwendung des § 931 mit der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der beweglichen Sache das Eigentum der Sache selbst auf den Schuldner übergehen. Kipp[2]) schließt sich der Meinung von Planck an, indem er zwar eine Einigung über den Uebergang des Eigentums für erforderlich hält, in der Abtretung des Anspruchs nach § 255 aber den Sinn der Uebertragung des Eigentums erblickt. Ebenso geht nach Dernburg[3]) das Eigentum durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs über. Ich glaube aber, dieser Satz ist damit nicht vereinbar, daß man dem entschädigten Gläubiger, falls sich die Sache nachher bei ihm wiederfindet oder wieder in seine Hände kommt, ein Wahlrecht zubilligt, entweder die Sache zu überlassen, oder die erhaltene Entschädigung zurückzugewähren, wie Dernburg es tut.[4]) Denn wenn man den Eigentumsübergang auf den Ersatzpflichtigen annimmt, dann muß konsequenterweise der Entschädigte bei Wiedererlangung der Sache verpflichtet sein, sie an ihren jetzigen Eigentümer, und das ist doch nach dem oben aufgestellten Satze der Ersatzpflichtige, herauszugeben. Unter Berufung auf Dernburg und Planck erklärt das Reichsgericht,[5]) daß das Eigentum oder sonst abzutretende Recht nicht von selbst mit der Ersatzleistung auf den Ersatzpflichtigen übergehe, sondern es der rechtsgeschäftlichen Abtretung bedürfe. Danach geht also auch das Eigentum nach der Ansicht des Reichsgerichts mit der Abtretung über, wie es noch besonders aus der weiteren Ausführung des Reichsgerichts hervorgeht, daß in dem dort behandelten Falle das Eigentum an den Wertpapieren durch die während des Konkursverfahrens erfolgte Abtretung der Eigentumsansprüche — § 931 B. G.-B. — an den Konkursverwalter übertragen worden ist.

Schollmeyer[6]) steht auf entgegengesetztem Standpunkt. Er hebt hervor, man müsse verlangen, daß Cedent und Cessionar über den Eigentumsübergang einig sein müssen. Da aber § 255 dem Eigentümer nicht die Verpflichtung auferlegt, wenn er das volle Interesse ersetzt

[1]) Planck a. a. O., S. 28, Anm. zu § 255.
[2]) Kipp bei Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, S. 62.
[3]) Dernburg a. a. O., Band 2, Abt. 1, S. 86, 87.
[4]) Auf diese Inkonsequenz weist schon mit Recht Taucher, S. 40, hin.
[5]) R. G., Band 59, S. 371.
[6]) Schollmeyer a. a. O., S. 48, Anm. 3 zu § 255.

erhält, den Entschädiger zum Eigentümer zu machen, so dürfe man auch eine derartige Einigung nicht ohne weiteres annehmen und der Ersatzberechtigte bleibe trotz Erlangung des vollen Schadensersatzes und Abtretung seiner Ansprüche Eigentümer der Sache.

Dieser Ansicht wird man meines Erachtens den Vorzug geben müssen. Denn diese Regelung würde der vorhin erörterten Tendenz des § 255 entsprechen, der doch eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Seiten des Ersatzberechtigten vermieden wissen will. Soll eine solche Bereicherung des Berechtigten vermieden werden, um wie viel mehr denn nicht die des Verpflichteten! Und könnte nicht unter Umständen die gegenteilige Meinung eine solche erzielen? Man nehme z. B. an, ein Sportman habe seinen zu den besten Hoffnungen berechtigenden Renner in eine fremde Stallung eingestellt, das Pferd sei gestohlen worden und der Dieb nicht zu ermitteln. Darauf ist der Besitzer des Stalles zum Schadensersatz verurteilt worden, der frühere Eigentümer des Pferdes hat ihm seine Ansprüche abgetreten, danach ist das Pferd wieder aufgefunden worden. Dann wäre der Entschädiger jetzt Eigentümer geworden und gewänne durch die Siege des Pferdes auf den Rennplätzen große Preise, so daß er in kurzer Zeit das Doppelte des geleisteten Schadensersatzes dadurch erhalten hat. Man gelangt also zu dem überraschenden Ergebnis, daß der Ersatzpflichtige dadurch, daß das Pferd damals gestohlen wurde, ein Pferd und außerdem noch einen Geldbetrag in Höhe des geleisteten Schadensersatzes erhält. Kann ein solches Ergebnis wohl von dem Gesetze bezweckt sein? —

Und um so mehr erscheint die andere Meinung als die richtigere, da sich auch die Motive zum B. G.-B. Band II, S. 25 dafür aussprechen, in folgenderAusführung: „Noch weiter zu gehen und wie das sächsische B. G.-B. für einen Fall im Vindikationsprozesse bestimmt, die Rechte selbst, in welchen die verbliebenen Ansprüche sich gründen, übergehen zu lassen, wäre bei beweglichen Sachen schon wegen des Traditionsprinzips anormal und überhaupt bedenklich, bei Grundstücken aber mit den Prinzipien des Grundbuchrechtes unvereinbar.“ Es erscheint hiernach also genügend, wenn der Eigentümer zur Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, es liegt keine Verpflichtung für ihn vor, sein Eigentum aufzugeben. Zwar wird mir von der Gegenseite vorgehalten werden, daß diese Motive kaum als entscheidende Begründung in Betracht kommen können, da die Abweichung vom Traditionsprinzip erst in dem zweiten Ent-

wurf in der Fassung, wie sie im B. G.-B. vorliegt, ausgesprochen worden ist. Ich gebe zu, daß sie allein nicht ausschlaggebend sind, ja daß sie überhaupt für die Entscheidung dieser Frage völlig wertlos wären, wenn die von der Gegenmeinung aufgestellte Uebereignungspflicht, die jedoch im B. G.-B. nicht ausgesprochen ist, wirklich zweckmäßig wäre. Ich kann aber die Zweckmäßigkeit nicht einsehen. Der Gläubiger hat doch in erster Linie ein Recht darauf, die Sache zu behalten, die ihm herauszugeben der Schuldner verpflichtet war. Der Schadensersatzanspruch kommt erst in zweiter Linie, als subsidiärer Rechtsbehelf, er ist gewissermaßen nur ein Aushülfsmittel. Zwar ist § 255 zum Schutze des Schuldners gegeben, der Schutz des Schuldners darf doch aber sicherlich nicht zu einer Verletzung der Rechte des Gläubigers führen. Und das würde zweifellos eintreten, wenn der Gläubiger gezwungen wäre, sein Eigentum oder sein Recht preiszugeben. Sollte denn wirklich eine solche Verletzung der Rechte des Gläubigers etwas Zweckmäßiges für sich haben! – Man darf auch sicherlich nicht den § 255 gegen den Ersatzberechtigten auslegen, so daß er gegen Geldersatz seine Sache preisgeben müßte, wie schon mit Recht Crome[1]) ausgeführt hat. Ebenfalls spricht sich Oertmann[2]) gegen die „von den Gegnern unterstellte Uebereignungspflicht“ aus mit der Begründung, daß die behauptete Zweckmäßigkeit der Uebereignungspflicht „zum allermindesten nicht so zweifellos ist, um sie ohne besonderen Ausspruch des Gesetzes annehmen zu dürfen.“ Und beim Fehlen einer solchen Uebereignungspflicht darf natürlich nicht in jedem Falle beim Cedenten der Uebereignungswille vorausgesetzt werden.

Endemann[3]) glaubt zwar die Schollmeyersche Ansicht zu vertreten, indem er behauptet, daß durch die bloße Abtretung der Ansprüche Eigentum noch nicht übergehe. Während Schollmeyer aber eine Pflicht des Ersatzberechtigten, den Ersatzpflichtigen, wenn er vollen Schadensersatz leistet, zum Eigentümer zu machen, unter Berufung auf die Motive ableugnet, gibt Endemann eine solche Pflicht zu, die Meinung, der er angeblich folgt, mißverstehend.[4]) Denn wenn man eine Uebereignungspflicht als vorhanden ansieht, dann muß auch der Uebereignungs-

[1]) Crome a. a. O., II, S. 82, Anm. 97.

[2]) Oertmann, a. a. O., S. 301.

[3]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes I, S. 730. Anm. 39.

[4]) Darauf weist auch Taucher a. a. O., S. 46 und 47 hin.

wille als stets vorhanden angenommen werden. Damit würde dann aber mit der bloßen Abtretung der Ansprüche auch das Eigentum übergehen müssen; Endemann kommt daher zu demselben Ergebnis wie die herrschende Meinung und, während er sie bekämpfen will, unterstützt er sie.

In ausführlicher Begründung hat Taucher [1]) die herrschende Meinung zu rechtfertigen gesucht. Man kann wohl aber seine Gründe nicht als vollkommen stichhaltig hinnehmen, wenn sie auch manches für sich haben. Wenn auch die Schwierigkeit, die sich ergibt, wenn der Cedent nach Wiedererlangung der Sache in Konkurs fällt, nicht wegzuleugnen ist, so kann dies doch kein ausschlaggebendes Argument gegen die von mir vertretene Ansicht sein. Denn da bei einem Konkurse sich Härten nicht vermeiden lassen, so ist es meines Erachtens doch besser, der Ersatzpflichtige, den ein Verschulden trifft, trägt den Schaden als Strafe für seine Fahrlässigkeit. Man hat auch eingewandt, daß dem Interesse des Gläubigers genügend gedient sei, wenn er statt des vollen Schadens gegen Abtretung der Ansprüche nur den Minderschaden geltend mache und die Ansprüche und sein Eigentum behalte. Daß dies Wahlrecht besteht, ist zuzugeben, ich verweise hierfür auf meine Ausführungen Seite 40. Diese Regelung hat aber etwas sehr Schwerfälliges und wird wohl in den meisten Fällen überhaupt nicht ausführbar sein. Gerade in der richtigen Erkenntnis dieser Schwierigkeit hat nun das Gesetz meines Erachtens daneben noch eine einfachere Regelung gegeben. Und es ist ja doch auch kaum ersichtlich, warum das Gesetz nicht gestatten sollte, denselben Erfolg auf zwei Arten herbeizuführen. Taucher möchte aber schließen, weil noch eine komplizierte Lösung der Frage zugelassen wird, die auch geeignet ist, das Eigentum bei dem Ersatzberechtigten zu belassen, so müsse eben die einfachere Lösung, wie sie in § 255 gegeben ist — voller Schadensersatz gegen Abtretung der Ansprüche —, den entgegengesetzten Erfolg haben, das Eigentum müsse also übergehen. Ich halte diesen Schluß nach meinen obigen Ausführungen nicht für richtig.

Taucher hält es für ungerecht, den Ersatzpflichtigen, wenn er die Sache erlangt hat, bis zur Entscheidung des Berechtigten daran zu verhindern, die Sache möglichst vorteilhaft für sich zu verwerten, mit der Begründung, daß sein Recht dann ein inhaltloses wäre. Andererseits meint

[1]) Taucher a. a. O., S. 49—52.

er, daß der Ersatzpflichtige, wenn er trotzdem die Sache sofort veräußerte, doch gewiß nicht auf nochmalige Schadensersatzleistung belangt werden könne von dem Ersatzberechtigten wegen seines höheren Schadens, und damit dann auch das Recht des Ersatzberechtigten ein inhaltloses sein würde. Ich halte aber die Bedenken von Taucher nicht für stichhaltig. Denn solange die Sache nicht wiedergefunden und die Möglichkeit dafür keine große ist, hat der Ersatzpflichtige wohl kaum ein größeres Interesse an der Veräußerung wie der geschädigte Gläubiger an der Sache. Findet sich die Sache aber wieder, dann muß das Interesse des Gläubigers auf Wiedererlangen der Sache dem Interesse des Schuldners auf Behalten der Sache aus obigen Gründen vorgehen. Man denke z. B. an den Fall, daß ein berühmter Violinvirtuose seine kostbare Violine zwecks einer kleinen Reparatur einem Instrumentenmacher übergeben hat, bei dem sie abhanden gekommen ist. Nachdem dieser für den Verlust des Instrumentes Schadensersatz geleistet hat gegen Abtretung der Ersatzansprüche, bekommt er dasselbe wieder und verkauft es an einen Liebhaber für einen höheren Preis als der Betrag des von ihm geleisteten Schadensersatzes betrug. Während der Künstler nun seine Geige, auf der allein er seine Kunst in ihrer Vollkommenheit auszuüben vermag, nicht wiedererlangen kann, wird das Verschulden des Instrumentenmachers belohnt. — Daß deshalb das Recht des Schuldners nach Wiedererlangung der Sache ein inhaltloses sei, kann auch nicht gesagt werden, denn es liegt jetzt in seiner Hand, die provisorische Regelung, die getroffen war, zu einer definitiven zu gestalten. Denn man muß ihm das Recht einräumen, den Gläubiger vor die Wahl zu stellen, sich für die Rückgabe der Sache zu entscheiden oder die gezahlte Entschädigung ganz oder gemindert zurückzugewähren. Daß dieses Recht dem Schuldner entsprechend dem Römischen Recht zusteht auch nach B. G.-B., wenn der Gläubiger die Sache wieder erlangt, werden unsere späteren Ausführungen zeigen. Warum sollte dies dem Schuldner nicht auch gewährt sein, wenn er die Sache erlangt![1]) Würde sich der Gläubiger nun nicht erklären, dann würde er gegen Treu und Glauben verstoßen. Und deshalb können auch die von Taucher vorgebrachten Gründe mich nicht von der Richtigkeit der Gegenansicht überzeugen. — Wir gelangen also zu dem Resultat, daß

[1]) vgl. die folgende Seite.

durch die bloße Abtretung der Ansprüche das Eigentum selbst noch nicht übergeht.

Ich möchte hier noch die Frage behandeln, wie die Lage sich gestaltet, wenn der Schuldner in Verfolgung des abgetretenen Anspruchs die Sache erlangt. Da der Gläubiger nach der von mir vertretenen Theorie Eigentümer der Sache ist, so kann er ja ohne Schwierigkeiten, die Sache von dem Schuldner vindizieren. Selbstverständlich muß er dann das um den jetzigen Wert der Sache geminderte Interesse herausgeben. In der gleichen Weise muß man dem Ersatzpflichtigen, wie es auch Oertmann[1]) tut, eine Bereicherungsklage wegen causa finita, § 812 B. G.-B., auf die geleistete Ersatzsumme oder richtiger auf einen entsprechenden Teil der Ersatzsumme gewähren. Denn da der Schuldner jetzt die Sache wiedererlangt hat, ist der zur Ersatzleistung verpflichtende Grund weggefallen. Man muß aber hierbei im Auge behalten, daß der Eigentümer sich dieser Herausgabepflicht des ganzen oder geminderten Schadensersatzes entziehen kann, indem er einfach das Eigentum auf den Schuldner nach § 929 B. G.-B. durch brevi manu traditio überträgt. Denn oft wird es der Fall sein, daß eine spätere Zurückerlangung der Sachen für den Eigentümer keinen Wert und kein Interesse mehr hat. Man denke z. B. daran, daß jemand seine Hemden zum Waschen gegeben hat und diese verloren gegangen sind. Für den ihm geleisteten Wertersatz hat er sich andere gekauft und nun finden sich seine verlorenen Hemden wieder bei einem Landstreicher, der wegen Bettelns eingeliefert wird. Jetzt ist die Möglichkeit des Zurückbekommens der Hemden für ihn doch ganz belanglos, denn erstens hat er seinen Bedarf an Hemden schon gedeckt und zweitens kann man es ihm wohl kaum zumuten, die von dem Landstreicher getragenen Hemden wieder anzuziehen. Man wird also dem Ersatzberechtigten ein Wahlrecht gewähren müssen, entweder die Sachen herauszugeben, oder den geminderten Schadensersatz zurückzugewähren.

Der Ersatzpflichtige kann also nicht Uebereignung der wiedergefundenen Sache schlechthin verlangen, er kann nur alternativ klagen, entweder auf die Sache oder den geleisteten Schadensersatz, beziehungsweise auf den um den jetzigen Wert der Sache geminderten Ersatz, falls die Sache wie in dem eben angeführten Beispiel durch den Verlust eine Einbuße ihres Wertes erlitten hat.

[1]) Oertmann a. a. O., S. 302.

§ 8. Einfluß der Wiedererlangung der Sache oder des Rechtes durch den Ersatzberechtigten.

Wie stellt sich die Rechtslage, wenn die abhanden gekommenen Sachen, nachdem der volle Schadensersatz dem Gläubiger ohne Abtretung der Ansprüche geleistet ist, in dessen Hände gelangen? Wie im ersten Teil der Arbeit untersucht, gewährte das Römische Recht dem Ersatzpflichtigen unter diesen Voraussetzungen zur Zurückforderung des geleisteten Ersatzes, beziehungsweise der Sachen sowohl die Klage aus einem etwa vorliegenden Kontrakte als auch eine condictio.

Wie steht es nun mit der Vertragsklage für diesen Fall im bürgerlichen Recht? — Die Klage aus dem Schuldverhältnis kann bloß dann gegeben sein, wenn ein solches überhaupt noch besteht. Dies wird aber doch nur dann der Fall sein, wenn durch die Schadensersatzleistung des Pflichtigen das Schuldverhältnis nicht erloschen ist. Für den in der lex 2 behandelten Fall haben wir das oben angenommen, weil das Unvermögen des Schuldners zur Leistung auf das Bestehen des Schuldverhältnisses keinen Einfluß ausübt — und um ein solches kann es sich nur handeln, wenn sich die Sachen nachträglich wiederfinden. Gilt das auch für das B. G.-B.? Meines Erachtens wird diese Frage in der Regel zu verneinen sein. Betrachten wir nur den Fall des Schadens wegen nachträglichen Unvermögens der Leistung.

Während das B. G.-B. im § 280 die Verpflichtung des Schuldners zum Ersatze des durch die Nichterfüllung entstehenden Schadens bestimmt, hat es sich aber nicht darüber geäußert, wie es mit dem Schuldverhältnis wird. Es ist nun fraglich, ob die Schadensersatzpflicht an die Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht tritt, oder ob neben der Schadensersatzpflicht die ursprüngliche Leistungspflicht weiterbesteht. Zu der Entscheidung dieser Frage ziehe ich die Motive zum B. G.-B., II, S. 50 heran. Diese führen in dem § 240, der dem § 280 des B. G.-B. entspricht, aus:

„Es ist doktrinär und nicht ganz unbedenklich, vom Fortbestande der Verbindlichkeit zu reden, da, so wichtig die Annahme der Fortdauer der Obligation ist, die Verbindlichkeit zum Schadensersatze jedenfalls einen anderen Gegenstand hat . . . . . Der Ausdruck „Verwandlung der ursprünglichen Obligation" erzeugt umgekehrt den Anschein, daß die alte Obligation erloschen und durch eine

neue ersetzt sei.“ Daraus ergibt sich doch, daß die Motive das ursprüngliche Schuldverhältnis fortbestehen lassen, aber mit verändertem Inhalt.[1]) Zu demselben Ergebnis kann man auch gelangen, wenn man, wie Kleineidam[2]) es tut, untersucht, welche Auffassung das B. G.-B. von der Unmöglichkeit hat. Man kann entweder die zerstörende Kraft der Unmöglichkeit auf ein Gebot der Logik zurückführen, — und dann würde ja die tatsächliche Nichterfüllbarkeit der Leistung die auf die ursprüngliche Leistung gerichtete Obligation zerstören, — oder man kann erst noch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung für diese zerstörende Wirkung fordern. Da die Motive, II, S. 45, erklären: „Daß diese Unmöglichkeit die Verbindlichkeit des Schuldners ausschließt, entspricht der Natur der Sache“, so ist anzunehmen, daß das B. G.-B. den ersteren Standpunkt vertritt und deshalb eine ausdrückliche Bestimmung, daß die Verpflichtung zu der ursprünglichen Leistung aufgehoben sei, nicht zu geben brauchte. Ist nun der Schadensersatz geleistet, so ist das Schuldverhältnis definitiv erloschen und kann nicht durch späteres Wiedermöglichwerden der Leistung mit seinem ursprünglichen Leistungsinhalt wieder aufleben. Mit der Leistung des Schadensersatzes sind also die Verbindlichkeiten der beiden Kontrahenten erledigt und keiner von ihnen kann mehr mit der Klage aus dem Schuldverhältnis gegen den andern vorgehen. Daher läßt sich für das B. G.-B. eine Vertragsklage auf Herausgabe der wiedererlangten Sache nicht rechtfertigen.

Diese Klage ist auch meines Wissens außer von Oertmann[3]) in der Literatur nicht in Erwägung gezogen worden. Dieser will auch die Vertragsklage für das B. G.-B. gewähren. Da der aus § 255 Ersatzpflichtige in den meisten Fällen ein Vertragsschuldner sein wird, so lasse sich ein solcher Anspruch schon aus dem alle Verträge beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben herleiten. Ferner könne man in Erweiterung des römischen Satzes: nihil ex mandato apud eum qui suscepit remanere oportet, behaupten, daß aus einem Vertragsverhältnis der eine Kontrahent nicht auf Kosten des anderen in einer vertragswidrigen Weise bereichert werden solle. Die Richtigkeit des Satzes mag ja zugegeben werden. Es würde aber das

[1]) So auch Schollmeyer a. a. O., S. 107, Anm. 2 zu § 280; Fischer-Henle a. a. O., S. 153, Anm. 4 zu § 280.

[2]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 107 und 108.

[3]) Oertmann a. a. O.

für unsern Fall nur dann stimmen, wenn tatsächlich die Leistung des Schadensersatzes sich als eine Zuvielleistung im Sinne des Vertrages auf Seiten des Ersatzpflichtigen darstellen würde. Das ist aber nach B. G.-B. nicht der Fall, denn dies gewährt doch dem Ersatzberechtigten den Anspruch auf das volle Interesse unter Außerachtlassung der Möglichkeit der Wiedererlangung. Somit stellt sich auch die Leistung des Ersatzpflichtigen nicht als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Berechtigten im Sinne des Vertrages dar. Das Interesse des Ersatzpflichtigen wahrt lediglich § 255, der ihm nur ein Recht auf Abtretung gewährt. Das ist die Schutznorm, die ihm zur Seite steht, nicht aber das alle Verträge beherrschende Prinzip von Treu und Glauben. Das für das Römische Recht das Ergebnis anders lautete, hatte eben seinen Grund darin, daß die Schadensersatzleistung das Schuldverhältnis nicht definitiv beendigte. Daher konnten die beiden Juristen in l. 2 D. 12, 7 unbedenklich die Vertragsklage gewähren, aber auch bei ihnen tauchte schon ein neuer Gesichtspunkt auf, und zwar der der außerkontraktlichen ungerechtfertigten Bereicherung.

Wie steht es nun mit der Bereicherungsklage für das B. G.-B.? — Das B. G.-B. ist in der Regelung der Bereicherungsansprüche der römischen Lehre von den Condictionen gefolgt. Wir finden in den §§ 812 und 813 die römischen Condictionsfälle condictio indebiti, condictio causa data causa non secuta, condictio sine causa mit dem Unterfall der condictio causa finita wieder.

Hat der Ersatzberechtigte nach Empfang des vollen Schadensersatzes die Sache wirklich wiedererlangt, so wird dem Ersatzpflichtigen wohl ohne Ausnahme in der Literatur ein Anspruch auf die Herausgabe des ganzen oder wenigstens des geminderten Schadensersatzes aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben. Zur Begründung dieses Anspruchs greift man zu verschiedenen Mitteln. Die einen geben denselben aus dem Grunde, weil eine Nichtschuld gezahlt sei, also eine condictio indebiti, so vor allem Fischer-Henle,[1]) hypothetisch

[1]) Fischer-Henle a. a. O., S. 139, Anm. 5 zu § 255; die von ihm außerdem gegebene Eigentumsklage folgt aus der Ansicht F.-H., daß mit der Abtretung Eigentum übergegangen sei. Da in dem vorliegenden Falle die Abtretung nicht stattgefunden hat, wäre die Eigentumsklage, auch wenn man F.-H. Meinung vertritt, nicht gegeben.

wohl auch Planck.[1]) Die andern, und weitaus die meisten geben einen Bereicherungsanspruch deswegen, weil der rechtliche Grund für die Ersatzleistung weggefallen ist, also eine condictio causa finita nach § 812, Abs. 1, Satz 2, so Staudinger, Oertmann, Endemann, Schollmeyer, v. Mayr. [2])

Auf wesentlich anderem Standpunkt steht Kipp, [3]) welcher allerdings nur den Fall im Auge hat, daß die Abtretung der Ansprüche erfolgt ist, was indes nach unserer Auffassung irrelevant ist, vgl. oben Seite 60. Nach ihm findet weder eine Rückforderung des geleisteten Ersatzes gegen Herausgabe der wiedererlangten Sache statt, noch eine Einforderung der Sache gegen Rückerstattung der Ersatzleistung, wenn dieselbe gegen Abtretung der Ansprüche auf Grund richterlichen Urteils erfolgt ist. Allerdings gibt Kipp zu, daß bei freiwilliger Ersatzleistung gegen Abtretung der Ansprüche die Rückübertragung der wiedererlangten Sache auf den Eigentümer und die Rückerstattung des Schadensersatzes möglicherweise der Intention des Geschäftes entsprechen könne, der dann nach § 820, Abs. 1, Satz 2 zu folgen sei. Meines Erachtens steht jedoch das Urteil auf Schadensersatz gegen Abtretung der Ansprüche einer späteren Bereicherungsklage nicht entgegen, vgl. auch Oertmann S. 254. Denn die Rechtskraft bezieht sich doch nicht auf solche Tatsachen, die erst nach dem Erlaß des Urteils entstanden sind. Zur Bekräftigung dieses Satzes will ich mich nur auf die Zwangsvollstreckungsgegenklage aus § 767 C. P. O. beziehen. Darin möchte ich jedoch Kipp beistimmen, daß sich auch eine Bereicherungsklage nach B. G.-B. nicht leicht begründen läßt.

Die condictio indebiti, die manche Schriftsteller gewähren wollen, trifft deshalb nicht zu, weil die Schadensersatzleistung für den Pflichtigen kein Indebitum darstellt. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Schadensersatzverpflichtung die Folge der Unmöglichkeit der

---

[1]) Planck a. a. O., II, S. 28.

[2]) Staudinger a. a. O., S. 19, No. 4; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, erste Auflage, S. 19, No. 3, zweite Auflage S. 48, No. 3; Endemann a. a. O., S. 730, Anm. 40; Schollmeyer a. a. O., S. 49, Anm. 4 zu § 255. — Die von Oertmann in der Vorteilsausgleichung, S. 299, aufgestellte Behauptung, daß Schollmeyer den Gesichtspunkt der condictio causa data causa non secuta hierbei heranzieht, beruht auf einer irrtümlichen Auffassung der Schollmeyerschen Ausführungen; v. Mayr, der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, S. 540 und 391.

[3]) Kipp a. a. O., II, S. 63.

Leistung war. Der Schuldner muß doch deshalb den Ersatz leisten, weil er nicht imstande ist, zu der rechten Zeit die ihm obligationsmäßig obliegende Leistung zu bewirken. Denn wie bereits ausgeführt, war zu der durch die Obligation gebotenen Leistungszeit der Schuldner zur Zahlung des Schadensersatzes verpflichtet, und wenn er den Ersatz leistete, so zahlte er sicherlich eine Schuld. Das ist doch aber unmöglich, daß die damalige Schuld durch einen jetzt eintretenden Umstand, nämlich dadurch, daß der Eigentümer nach der Zahlung des Schadensersatzes die Sache von einem Dritten wiedererlangt, sich plötzlich in eine Nichtschuld verwandelt, und deshalb der Leistende berechtigt sein sollte, aus diesem Gesichtspunkte das Geleistete zurückzufordern. Darum ist meines Erachtens die condictio indebiti nicht geeignet, gegen den Ersatzberechtigten durchzudringen. Aus denselben Erwägungen muß man auch die von der Mehrzahl gegebene Bereicherungsklage wegen causa finita ablehnen. Denn wie schon oben nachgewiesen, kann der rechtliche Grund der Schadensersatzleistung durch das Möglichwerden der Leistung nach dem für die obligationsmäßige Leistung bestimmten Zeitpunkt nicht mehr beseitigt werden. Man denke z. B. daran, daß ein Brauthemd zum Waschen gegeben und verloren gegangen ist. Fünf Jahre nach der Hochzeit gelangt das Hemd wieder in die Hände der damaligen Braut. Soll damit nun der Grund für den damals geleisteten Schadensersatz weggefallen sein! —

Aber gleichwohl muß man doch gemäß der Tendenz des § 255 eine condictio gewähren.[1]) Denn danach soll der Gläubiger nicht Doppeltes erhalten, vielmehr dem Schuld-

[1]) Ohne den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung heranzuziehen, erscheint meines Erachtens eine andere Lösung möglich. Der Schuldner kann, wie oben ausgeführt, klageweise die Abtretung der Ansprüche nach § 255 verlangen. Da nun der Eigentümer, der Schuldner auf die Abtretung, seine Sachen wiedererlangt hat, so ist es ihm unmöglich, die Ansprüche gegen Dritte abzutreten. Nach § 281 aber kann der Gläubiger, wenn der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz erlangt, Herausgabe des als Ersatz Empfangenen verlangen. Die wiedererlangte Sache stellt sich hier als Surrogat des Anspruches gegen den Dritten dar, denn ihre Wiedererlangung macht die Abtretung unmöglich. Der Pflichtige kann also Einräumung des Besitzes der wiedererlangten Sache verlangen. Und dann hätte der Eigentümer, wie oben ausgeführt, wieder die Wahl, entweder die Sache herauszugeben oder die Ersatzleistung in Höhe des jetzigen Wertes der Sache.

ner, der den Ersatz geleistet hat, zum Ausgleich die Vorteile gebühren, die aus den Ansprüchen aus der Sache oder dem Rechte sich ergeben. Diese Vorteile stellen somit einen präsenten Bestandteil des Vermögens des Schuldners dar. Wenn demnach der Gläubiger die Sache nachträglich erlangt, so hat er zwar nicht durch Leistung, aber doch in sonstiger Weise ohne Rechtsgrund etwas aus dem Vermögen des Schuldners erlangt. Es liegt also eine condictio sine causa schlechthin vor.

Dies ist aber einzuschränken. Denn wie bereits ausgeführt, steht das nachträgliche Erlangen der obligationsmäßigen Leistung keineswegs gleich. Daher ist dem Schuldner, ebensowenig wie ihm ein Anspruch auf Uebereignung der Sache zusteht, ein solcher auf den geleisteten Ersatz schlechthin zuzubilligen. Die Klage kann nur auf die Bereicherung gerichtet werden, die entweder in der Sache oder in dem um den jetzigen Wert der Sache geminderten Schadensersatz besteht. Der Gläubiger kann also den Wertersatz in seiner ganzen Höhe behalten, denn darauf hatte er ja doch einen Anspruch, wie oben nachgewiesen. Ebenfalls hat er aber ein Recht darauf, seine Sache zu behalten, denn § 255 gibt ja dem Ersatzpflichtigen nicht ein Recht, Uebereignung der wiedererlangten Sache zu verlangen, wie oben erörtert. Will der Eigentümer seine Sache behalten, dann muß er natürlich den geminderten Wertersatz herausgeben. Denn darin besteht, wenn der Eigentümer seine Sache wiederbekommt, die ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Schuldners. Die Bereicherungsklage ist dann dahin zu richten, den Beklagten zu verurteilen, die Bereicherung herauszugeben, entweder in Gestalt der wiedergefundenen Sache oder die Ersatzleistung in Höhe des jetzigen Wertes der Sache.[1])

§ 9. Processuale Berücksichtigung des Anspruchs aus § 255.

Der Ersatzberechtigte kann seinen Klageantrag auf vollen Schadensersatz richten, und braucht sich nicht gleichzeitig zur Abtretung der ihm in Bezug auf die Sache

[1]) Zu demselben Ergebnis gelangen: Dernburg, Bürgerliches Recht II, S. 87 sub 2 g; Oertmann a. a. O., S. 299; Taucher a. a. O., S. 60.

oder das Recht zustehenden Ansprüche zu erbieten. Er macht sich dadurch nicht einer pluris petitio schuldig und hat nicht eine Abweisung seiner Klage zu befürchten. Denn da der Schuldner, d. h. hier der Ersatzpflichtige, die ihm in § 255 gewährten Rechte im Wege des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 273 B. G.-B., das will sagen durch eine Einrede, geltend machen kann, ergibt sich, daß dies Anbieten der Abtretung der Ersatzansprüche nicht zum Klagegrunde gehört.[1]) Der Richter hat also dies dem Ersatzpflichtigen zustehende Recht erst dann zu berücksichtigen, wenn die Abtretung der Ansprüche von demselben beantragt wird.[2]) Wenn daher der Ersatzpflichtige zur Verhandlung nicht erscheint, so wird der Berechtigte ein auf vollen Schadensersatz lautendes Urteil erhalten, ohne daß die Ersatzleistung von der Abtretung der Ansprüche abhängig gemacht ist.

Wie gestaltet sich nun die Vollstreckung, wenn der Ersatzpflichtige seine Rechte aus § 255 einredeweise geltend gemacht hat und die Verurteilung zum Schadensersatz gegen Abtretung der dem Kläger zustehenden Ersatzansprüche an den Beklagten erfolgt ist? Meines Erachtens ist die von Fischer und Taucher[3]) ausgesprochene Ansicht richtig, daß nur der Anspruch auf Schadensersatz rechtskräftig wird, nicht der auf Abtretung der Ersatzansprüche. Das ergibt sich auch unmittelbar aus § 322 C. P. O., wonach nur die Entscheidung über die durch Klage und Widerklage, nicht über die einredeweise geltend gemachten Ansprüche mit Ausnahme der in Absatz 2 dieses Paragraphen erwähnten der Rechtskraft fähig ist. Wäre das Gegenteil der Fall, dann könnte ja der Ersatzpflichtige die Abtretung verlangen gegen das Angebot der Ersatzleistung, ein Ergebnis, das in meinen Ausführungen auf das Entschiedenste zurückgewiesen worden ist.

Dem Berechtigten wird nun eine vollstreckbare Urteilsausfertigung erteilt ohne Prüfung, ob die Abtretung erfolgt ist. Denn nach § 726 C. P. O. ist eine solche Prüfung nur erforderlich, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht. In unserem Falle besteht aber die dem Gläubi-

[1]) Gleicher Ansicht Fischer a. a. O., S. 257; auch Taucher a. a. O., S. 63.

[2]) vgl. auch Oertmann a. a. O., S. 250 c; Taucher a. a. O.

[3]) Fischer a. a. O., S. 257; Taucher a. a. O., S. 64.

g e r obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung. Es kommen daher die allgemeinen Vorschriften zur Anwendung. Selbstverständlich muß das Vollstreckungsorgan, sei es nun das Gericht oder der Gerichtsvollzieher — vgl. §§ 756 und 765 C. P. O. —, prüfen, ob die Abtretung erfolgt oder der Schuldner in Annahmeverzug gesetzt ist, bevor gegen den Ersatzpflichtigen vollstreckt werden kann.